New Nouveau
Brunswick

# Justice

# The Mechanics' Lien Act: Time for Repeal?

Discussion Paper

Law Reform Branch
Office of the Attorney General
July, 1992

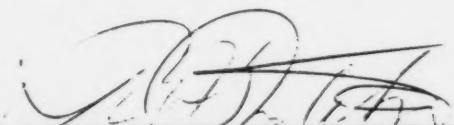
## FOREWORD

The aim of this paper is to provoke discussion as to whether New Brunswick's Mechanics' Lien Act should be repealed. The Law Reform Branch suggests that it should be. However, before any firm recommendation is made to the Government, we would like to hear the views of others.

The proposals set forth in the discussion paper are tentative and do not represent policy of the Department of Justice or the Government. They are offered for consideration and reaction. All representations received will be considered before a final report is prepared for presentation to the Minister.

Those wishing to make representations are invited to do so by November 1st, 1992. Communications should be directed to the office of the

Director
Law Reform Branch
Office of the Attorney General
P. O. Box 6000
Fredericton, NB
E3B 5H1



Basil D. Stapleton, Q.C.
Director

92-07748/

**TABLE OF CONTENTS**


| | |
|---|---|
| Introduction | 1 |
| The Holdback Problem | 7 |
| Possible Solutions | 9 |
| Option 1: Repeal of the Act | 9 |
| Option 2: Improved Observance of the Act | 33 |
| Option 3: Create Exceptions | 34 |
| Option 4: Re-Structure the Lien/Holdback Tandem | 38 |
| Option 5: Make the Act an Opt-in Scheme | 43 |
| Conclusion | 46 |

# THE MECHANICS' LIEN ACT: TIME FOR REPEAL?

## Introduction

This paper asks two questions. First, should the Mechanics' Lien Act be repealed? Second, if it should not, what should be done about the holdback provisions, particularly as they affect consumers with little or no knowledge of their statutory obligations? There are, of course, many other questions that could be asked about the Mechanics' Lien Act, and in responses to this paper we would welcome comments on other aspects of the Act as well. The more limited focus set out above, however, is accounted for by the way in which our research has developed to its present stage.

Our study began in response to representations from the Ombudsman, who, in 1985, investigated complaints from householders and accepted their view that the Act caused injustice. The difficulty the Ombudsman described was in terms of the householders' lack of notice of the existence of mechanics' liens. This seemed at first sight a small problem which ought to respond to a small solution. As our study progressed, however, the question of whether the Mechanics' Lien Act should continue to exist loomed ever larger into view. Protecting uninformed householders turned out to be

difficult within the framework of the Act. To do so involved undermining other interests that the Act promotes, but as we examined the alternatives we found, first, that we were not sure why those other interests demanded special legislative protection, particularly given what we could discover about the implementation of the Act in practice, and second, that we were doubtful that, even for those it was supposed to protect, the Mechanics' Lien Act was anything more than a decidedly mixed blessing. Our research has therefore reached the stage at which we need input from other sources. Our provisional view is that, on balance, the Mechanics' Lien Act does at least as much harm as good, and should be repealed. If others agree, our efforts can end at this point.

If they disagree, however, the question of the uninformed householder re-emerges as requiring attention. The later pages of this paper examine some possible approaches. These are offered for comment in their own right, but also in the context of our question about a possible repeal of the Act. If the Act in its present form is worth preserving, would it still be worth preserving once it had been amended to give protection to the uninformed householder? Similar questions may arise in relation to other problems with the Mechanics' Lien Act that people may bring to our attention. If additional issues are raised it would be helpful if people would indicate whether they see them as further items in support of repeal of

the Act or as items that could and should be corrected within the general framework of the Act. In the latter case, suggested solutions would be appreciated.

We should say that, over the course of our study, we have come to regard the consumer protection issue as an increasingly fundamental one. The Mechanics' Lien Act already only applies to part of the operations of the construction industry: the Act does not bind the Crown, and highway construction for municipalities is specifically excluded. We are told that these exceptions represent a major part of the total of construction activity in New Brunswick. We assume that contracts involving householders may represent a significant portion of what is left, though the size of most individual contracts may be small. If this is so, changes in relation to householders may substantially alter the scope of the Act.

Changes in relation to householders, however, seem to be absolutely warranted. The information that we have suggests that among householders the Mechanics' Lien Act is not widely known about, and that even those who do know about it often disregard it, sometimes willingly, sometimes under what they might regard as duress. The Act is also capable of causing injustice when it is applied. The case for change, though, rests less on the actual occurrence of injustice, which we are inclined to believe is relatively infrequent, than on the very large gap that we believe exists between conduct and the law.

Even in relation to construction work that does not involve householders, we suspect from our reading of the New Brunswick case-law that an equally large gap between conduct and the law may often exist. Several of the cases could not have developed as they did unless, even in the commercial sector, much business is conducted as though the Act did not exist, the Act being little more than a possible afterthought if things go wrong. That the law should be an afterthought, of course, is not unusual. It is probably normal that people do not pay attention to their legal remedies until they need them. What is different about the Mechanics' Lien Act as an afterthought, though, is that when it is invoked in cases in which it has not been specifically borne in mind as work progressed, it imposes a set of legal rights and obligations which is probably quite different from the assumptions under which the people involved have been operating. It does so, moreover, with the equivalent of a retroactive effect, since parties will discover that actions like retaining holdbacks are things that they should have been doing since times long past. In such circumstances the Act becomes more a trap for the unwary than a protection for the worthy. It may well be that there are comparatively few instances in which it is formally invoked by implementation of the measures set out in the Act. This, though, is not a strong point in favour of the Act. Rather, we are inclined to view it as an indication that, for the most part, life would go on after repeal of the Act much as before. All we would be repealing are rules which people normally do not follow.

There are, of course, some people who take the Mechanics' Lien Act seriously. However, our impression is that these are the people for whom the law serves the least purpose: they are the people who have the legal and financial resources to take care of their own interests, and would do so even if the Act were not present. Indeed, by use of such devices as bonding these people evidently do bargain for protection beyond that given by the statute. Conversely, the people who are arguably most in need of statutory protection -- employees, whose livelihood depends on the contracts and the solvency of others -- seem to make virtually no use of the Act. In our research for this paper we have examined twenty-five years of reported cases in New Brunswick; we have identified only one in which the lien claimed was for wages. We have also briefly reviewed all mechanics' liens filed in 1990 and 1991 in the three registry offices within easy range of Fredericton: York County, Sunbury County and Queen's County. No liens for wages were filed. The only thing that came close was one claim for lien filed by a union in relation to payments that were to be made directly to the union under a collective agreement. The payments were in respect of members' benefit packages. The judge decided that the lien was in fact a lien for wages (contrary to the lienor's submission), but even so this is clearly not a case in which employees asserted their rights under the Act. Any benefit they received was through their association with an organization -- the union --

which fits the description above of having the financial and legal resources to look after its interests. Employees acting alone, we believe, get virtually no benefit from the Act.

What all of this amounts to is that we suspect that the Mechanics' Lien Act is a failure: that it simply does not do what it sets out to do. Its failure, moreover, comes at a price. One aspect of this is the potential for injustice that arises in circumstances like those of the domestic contruction contracts, where practice bears so little relationship to the law. Another is the economic cost of complying with the legislation. The point is often made that mechanics' lien legislation adds cost to contruction projects by slowing the flow of funds; the suggestion is that the Act may be a hindrance to economic activity rather than a help. Some degree of hindrance, no doubt, might be acceptable as a small price to pay for increased security. Our suspicion, however, is that any increase in security is minimal and is more than outweighed by the costs and inconvenience that the Act imposes.

Our tentative view, then, is that the Act should be repealed. We say this despite recognizing in the Mechanics' Lien Act some elements that, in the abstract, have appeal. The idea that those whose labour and materials create an object for another person have some kind of vested interest in that object until they are paid has some attraction. In this respect the Mechanics' Lien Act bears comparison with things like the

developing common law notion of the constructive trust (which, we believe, if the Act were repealed, might well substitute for it in certain circumstances). Similarly, if the Mechanics' Lien Act were viewed, as in some lights it can be, as an attempt to ensure that the money available to fund an undertaking finds its way to the people who need it most, it might be seen as legislation to be developed, even expanded, rather than abandoned. Our present suggestion, then, that the legislation should be repealed without replacement reflects the view that whatever promise the legislation may show in worthwhile directions such as these, it fails to deliver. On balance, we suggest, New Brunswick would be better off without it.

## The Holdback Problem

As mentioned above, the specific problem which was referred to us for study concerned the effect of the holdback provisions of the Act on consumers who have little or no knowledge of their rights and duties under the Act. At first sight it may seem surprising that this apparently well-defined issue should have developed into an inquiry as to whether the Act should be repealed. However, the holdback provisions are central to the Act. As the Act now stands, they are the essential counterpart to the existence of the lien that the Act creates. The lien gives everybody involved in a construction project a direct right against the owner of the property on

which the construction is taking place. The holdback provides the protection against the exercise of the right. Mechanics' lien legislation, it is said, is based upon the idea that construction projects typically involve a chain of contracts, with many of the parties involved having no contractual rights against many of the others in the chain. In this context, the lien provides a means by which people lower in the chain are given a measure of protection against the misconduct of those higher up. The holdback performs the opposite function, that of protecting the owner from people lower down in the chain of contracts. It provides a fund out of which liens can be satisfied, at least partially, while not exposing the owner to the double jeopardy of paying both the contractor and the lienholder for the same work.

In practice, however, as is exemplified by the problem that the Ombudsman referred to the Department of Justice, there is every reason to believe that this nice tandem of lien and holdback does not work. Ordinary householders, it is said, often do not know of the possibility of a lien being placed on their property, nor of the obligation to hold back a percentage of the price. They therefore pay the builder in full, and experience in full the double jeopardy when the lienholder subsequently calls for satisfaction of the lien. It is suggested, furthermore, that even the householder who does know about the scope and effect of the Mechanics' Lien Act may find it difficult or disadvantageous to comply. Builders may be

unwilling or unable to wait for payment until the holdback period expires, and may require payment in full if work is to proceed. The smooth operation of the contract will often depend upon each party being able to make accommodations to the needs of the other. Again, therefore, the double jeopardy of the householder arises: the lien will exist, but the holdback fund will not.

The indications that we have are that, at least at the small-scale, domestic level, and probably more widely, the requirements of the Mechanics' Lien Act are frequently not followed, whether knowingly or unknowingly, whether willingly or reluctantly. If this is so, it is surely a reflection on the inadequacy of the Act. If, in relation to what we believe is probably the majority of cases to which it applies, construction work proceeds despite the law being ignored -- or possibly only because it is ignored -- and if injustice is considered to result when an unpaid third party, by enforcing the lien, does exactly what the law provides for, something is evidently wrong with the law. The task then is to decide what to do about it.

## Possible Solutions

### Option 1: Repeal the Act

The solution that we particularly want to canvass here

is repeal of the Act. Obviously, this is a more comprehensive step than would be necessary if one were merely trying to protect consumers, but protecting consumers is harder than one might think under the existing statutory framework. Repealing the Act would certainly remove the risk that consumers are now exposed to. It would also mean that there would be no need to resolve any other problems that people may bring to our attention in response to this paper. If, on the other hand, the Act is not repealed, the form in which it is retained should be one that relieves consumers from the risk that the Act now poses. We describe later the kinds of amendments that we have considered, and we are open to suggestions of others. We hope that those who oppose repeal of the Act, if there are any, will not only give their reasons but will also tell us what their preferred approach would be to the problem of the consumer. One question they will need to address is whether the Mechanics' Lien Act could be amended in accordance with their preferred option for consumers yet still serve a useful purpose.

There are two major sources for our provisional view that the Mechanics' Lien Act should be repealed. One relates to the case for the Act in principle, the other to the question of whether it is effective in achieving its ostensible goals. Our doubts on these two accounts interrelate.

In terms of the underlying principle of the Act, the first difficulty that we encounter is that we have not yet discovered an authoritative or persuasive statement of what that underlying principle is. There are, of course, many explanations, in judgments, textbooks, law reform commission reports and elsewhere. The explanations differ, though. The Act is sometimes viewed as an attempt to boost the construction industry and promote construction activity; sometimes it is presented as an attempt to protect the economically vulnerable in a notoriously insecure occupation. Some explanations are expressed in terms of debt collection, with the Mechanics' Lien Act put virtually in the framework of insolvency law. On other occasions the Act is justified on the basis that legal relationships involved in the construction industry are special and demand special treatment. Each of these descriptions no doubt has some validity: one can at least read the Act and see the logical connection. Nonetheless, their variety does lead one to wonder how much faith to place in any of them. The more elaborate they become, the more they smack of rationalization rather than explanation.

This uncertainty as to what the Mechanics' Lien Act is really intended to accomplish increases when one examines the proceedings of the Legislative Assembly when the Act was first put in place. The government of the day was obviously not enthusiastic. It introduced the legislation as a government measure for the first time in 1894, having previously opposed

it on more than one occasion when introduced as a private member's Bill. In the debates in 1893 A. G. Blair, Premier and Attorney General, had spoken against the Bill:

> Hon. Mr. Blair said that he would support the Bill if it could be shown that its passage would not be an injury to other classes. He argued at length to show that the Bill would give a monopoly to wealthy contractors and that it really gave no protection to the labourers or mechanics. (Synoptic Reports, 1893, p.120)

A century later, that argument still has the ring of truth.

When the Bill was introduced the following year, it was Mr. Blair who introduced it, though with obvious reservations.

> Mr. Blair said that this was the first time such a Bill had been introduced as a government measure. It was being submitted in consequence of a very strong desire entertained throughout the country and after a careful consideration of the working of similar laws elsewhere. While personally friendly to the principles of liens he was free to say that he had always entertained doubts as to whether the principle could be worked out so as to avoid serious injury to innocent parties. (Synoptic Reports, 1894, p.126)

The government, in short, appears to have acted against its better judgment in introducing the Bill, and the reference to the Bill being submitted "in consequence of a very strong desire entertained throughout the country" causes one to look

with some interest at the comment made by the Chairman of the South Australia Law Reform Committee to the Newfoundland Law Reform Commission in response to the latter's 1988 Working Paper on mechanics' liens. He wrote that mechanics' lien legislation was "the legal 'flavour of the month,' so to speak" in Australia in the 1890's, but that all States except South Australia had subsequently repealed their legislation. Insofar as any rationale for the New Brunswick Act emerges from the debates of 1893 and 1894 in the Legislature, it would be that the legislation was to advance the cause of liens in general -- a broad constructive trust or 'sweat equity' kind of notion -- rather than construction liens in particular. The fact that the legislation was restricted to the construction context appears to have been accepted as a negative rather than a positive feature, one that detracted from the broader merits of the legislation rather than promoting them. Certainly the debates cannot support the argument that the legislation was a deliberate response to the special requirements of construction work -- a fact which tends to reinforce the failure of subsequent arguments in support of the Act to carry conviction.

As to the social need for the legislation at the time in New Brunswick, we note that it took fourteen years before the first mechanics' lien was registered in Sunbury county and twenty-eight years in Queen's county. These are both rural counties. In York county, which includes Fredericton, one

claim for lien was filed in 1894, three in 1895, none in 1896 and one in 1897. Evidently there was no great rush to take advantage of the Act.

If one is perplexed, then, by the question of what the Mechanics' Lien Act was really intended to accomplish, one can at least respond to the argument that the special legal structures in the Act are a response to the special legal circumstances in the construction industry. Texts on mechanics' liens mention the pyramid-like structure of construction contracts, with general contractors, sub-contractors, suppliers, and so on, all joined together in a common enterprise leading to the production of an improvement on a landowner's land. They mention that the improvement is made on credit, and that there is a need to ensure that those who contribute to the improvement are paid. They note that many of the parties in the pyramid are not linked by privity of contract, and therefore may lack the ability to enforce their rights against many of the other participants.

None of this, frankly, is very convincing. The pyramid-like structure, for example, is not exclusive to construction contracts. Many other manufacturing processes depend on sub-contracts and supplies of parts. Some may even be comparable in scale to major construction projects: large shipbuilding contracts spring to mind as an example that has relevance in New Brunswick, and the paper-making machine

described in Beloit Canada Ltd v Fundy Forest Industries Ltd (1981) 37 N.B.R. (2d) 17 was certainly not a minor piece of equipment: 200 feet long, 18-20 feet high, 15-16 feet wide, and installed as an integral part of a paper mill that was being constructed, it was still not considered as an "improvement" coming within the scope of the Act's preferential treatment.

We suspect, furthermore, that the complexity of major contracts, which descriptions of the kind given above seem to conjure up, is probably not matched by the facts of most of the contracts to which New Brunswick's Mechanics' Lien Act applies. This is especially likely to be so if it is true, as has been suggested to us, that in this province most major construction projects are either Crown projects or highway projects, to neither of which does the Mechanics' Lien Act apply in full. A survey of claims for lien filed in York, Sunbury and Queen's counties in 1991 certainly suggests that there is nothing complicated about most of the situations in which mechanics' liens are filed. In almost 40% of the cases, the lienors were evidently dealing with owners directly and exclusively; no one else is named on the claim for lien as being involved. A further 10% or so of the lienors were dealing directly with tenants in relation to tenants' improvements in shopping malls. In other cases it seemed as though, had the point been argued, the contractor might well have been held to be acting as agent for the owner in buying

supplies or arranging for work to be done. Cases in which the lienor was acting at more than one contractual remove from the owner were extremely rare. Admittedly, even with simple contractual structures such as these, there can be a gap in privity between the owner and, say, the contractor's employee or the supplier with whom the contractor deals. There is nothing complex or extraordinary about these contracts, though. They have their counterparts in numerous other fields beside contruction. We are not sure what it is about construction work which would call for a special legal regime. If the legislation is designed to cater for complex 'pyramids' of the kind described in the literature, we suggest that for New Brunswick, it is based on a false premise. Most of the contracts to which New Brunswick's Act applies, we believe, are just not like that.

The suggestion that the improvement on the owner's land is created on credit is also a strange element in a justification of the legislation. Extending credit, in the sense of allowing time to pay, is an ordinary feature of many commercial activities, but in the case of the Mechanics' Lien Act, an extension of credit of that sort is required by the legislation itself, which obliges the owner to retain the 15% or 20% holdback out of all payments until 60 days after the work is substantially completed. In current circumstances, moreover, one would surmise that the credit on which most improvements are substantially constructed is credit in a more

conventional sense, that provided by financial institutions. This might be advanced to the landowner or to any of the entities working on a project, and might or might not be secured. If the Mechanics' Lien Act truly has anything to do with protecting those who extend the credit which permits a landowner to receive the benefit of an improvement on land, there seems little reason to limit the Act to those who do the work or provide the materials. One of the benefits sometimes claimed for mechanics' lien legislation is that it encourages construction activity by facilitating the supply of credit to the construction industry. If this is so, it is certainly anomalous, for if there is one thing that the mechanics' lien legislation certainly does, it is weaken the position of the financier.

What, then, of privity and ensuring that people get paid? In many cases there is no need to supplement the law on privity of contract. If there is enough money to satisfy all claims, it will make little difference whether this is done through a mechanics' lien action or through a series of actions following lines of privity. Interestingly, in approximately half of the reported cases decided in New Brunswick under the Mechanics' Lien Act in the last 25 years, the competing parties were bound to each other contractually. Whatever else the Act may have done in those cases, it was certainly not overcoming any absence of privity. Even more surprising, in only 25% of the cases was there an obvious financial hurdle to overcome,

with the Act being used so that a plaintiff could reach beyond an insolvent defendant, and proceed against one who could satisfy the claim. In fully half of the cases there was no financial problem - the relevant parties were apparently solvent and present. In the other quarter, there was no indication one way or another. This is not to deny that there are cases in which the Act establishes chains of liability that could not have been put together through a series of claims in contract. Nonetheless, judging from 25 years of reported cases, situations in which the Act is necessary to the plaintiff's success are rarer than one might think.

Can the Mechanics' Lien Act, then, legitimately be presented, as is sometimes done, as legislation favouring the 'little guy' in the world of construction? In form, perhaps, that may be possible, especially given the special priority that the Act allows for the lien for wages. In practice, however, we doubt that it can be shown to have much of a tendency in this direction.

'Little guys', we believe, probably come in two forms: employees, who are vulnerable to the fate of their employer and are not in privity with anyone else, and small businesses for whom a particular contract represents the principal source of its income for the period covered by the contract.

From the material we have examined, we see little indication that the Mechanics' Lien Act is of much benefit to employees. As mentioned above, in the 25 years of case-law we have examined, we see only one case in which the lien claimed has obviously been a lien for wages. In two years of filings in the York, Sunbury and Queen's County registry offices there are no liens for wages claimed. The only one that comes close is the lien filed by the union which had members working on a shopping mall development, where the lien related to payments which were directly due to the union under a collective agreement.

Small business is better represented both in the case law and in the liens filed, but even so it is a minor player. Who is, and who is not, a small business is not always easy to identify from the names listed in the mechanics' lien register, but local knowledge of firms in the Fredericton area does at least make a number of businesses recognizable as not being small. These account for some 2/3 of the claims filed, leaving small business as responsible for, at most, the remaining 1/3. Clearly, small business is not the major user of the Act. Possibly the Mechanics' Lien Act may have some slight attraction as a debt collection mechanism (though one can never be sure that the debts would not have been paid equally quickly under other collection methods), but there is certainly nothing that we see in the case-law or in our survey of liens filed to

indicate that the 'little guys' in the construction business, be they employees or small business, would be significantly more vulnerable to non-payment if the Act were repealed.

This leads to the broader question of whether the Mechanics' Lien Act is successful in ensuring that contributors to the construction process, whether 'little' or large, are paid. It is at this point that our reservations about the merits of the Act move from questioning its underlying principles to questioning its effectiveness. At this stage, we are prepared to assume for the sake of the argument that the Act represents a justified attempt to give preferential treatment to the construction industry. The question then is whether the Act is successful in delivering the security which, ostensibly, it aims to do.

The answer must be that it is not. This is not to deny that the Act provides some litigants with benefits which, in the absence of the Act, would have gone elsewhere: clearly, the Act does produce some winners. It also produces losers, though, and very often it is hard to know in advance who the winners and losers will be. As often as not, mechanics' lien actions revolve around internecine strife between construction creditors, the result being to favour some over others, and often there is no competing non-construction creditor to be ousted under the legislation. When we say, therefore, that the Act does not provide the security that is sometimes claimed for

it, we are using that word in the sense of reliability or predictability. Reading the case-law with the benefit of hindsight, one can normally understand the processes by which the litigation produces the results it does. These, however, are often so hard to foretell before the judge speaks, and so little within the control of the people involved, that it is hard to see that anyone could confidently conduct business on the basis that the Act would provide protection if things went wrong.

The Act provides four kinds of security to people involved in creating an improvement on an owner's land: the trust of project money under s.3, the lien under s.4, the charge on the holdback under s.15 and the right to require an additional holdback under s.16. As to the last two items on this list, all one can really say is that their usefulness is not apparent from the case-law, in which they figure rarely. In relation to the additional holdback under s.16, we have heard the comment that people are scared to use it, fearing that it may do more harm than good if a construction project is financially shaky. In relation to the charge on the holdback, it seems that it is probably of little value for two reasons: first, because the Act does not direct a specific sum of money to be set aside as representing the holdback, and in the absence of this, the charge often becomes, as security, indistinguishable from the lien and the credit-worthiness of the owner; second, because even where a specific holdback fund

is available, sub-contractors only have access to it to the extent that it is attributable to their sub-contract. Thus in R. A. Corbett & Co. Ltd v Phillips (1973) 5 N.B.R. (2d) 499, where a sub-contractor abandoned a project at a time when the owner still retained more than $47,000 in holdback, creditors of the sub-contractor only had access to the holdback to the extent of $2,640, this being the portion of the holdback attributable to the contract between the contractor and the sub-contractor.

The security that figures most prominently in cases under the Mechanics' Lien Act is, naturally enough, the lien itself. As a substantial source of security, however, it has serious limitations. It is short-lasting. Though it arises by operation of law when work is first done, it expires 60 days after substantial completion unless, during that period, steps are taken to enforce it. The temporary nature of the lien is presumably the explanation for the noticeably high proportion of mechanics' lien cases that revolve around procedural issues. If actions can be struck out for failure to file an affidavit of verification, register a lis pendens, or whatever, the lien will be gone because the time within which the action must be brought will have expired. Cases on the procedural aspects of the legislation rarely bear the stamp of a statutory scheme effectively securing the interests of those it is supposedly created to protect.

Another thing that the Mechanics' Lien Act seems to do is complicate disagreements that arise during the construction process. It has already been mentioned that most of the reported mechanics' lien cases are in fact disputes between parties who are in privity of contract. They take place in the context of the Mechanics' Lien Act because the Act is there, and because, superficially at least, it offers plaintiffs an advantage that it would be foolhardy to pass up. In some cases the litigation may only take place because of the legislation, perhaps because a contractor or sub-contractor, needing to file within 60 days of substantial completion, files the claim for lien, and thereby brings everything to a halt. MacArthur's Paving and Construction Co. Ltd. v. New Era Enterprises Ltd. (1989) 102 N.B.R. (2d) 412 seems to be a case of this general nature. Two construction contracts overlapped in relation to certain property, and though the holdback fund was apparently adequate to satisfy all claims, liens were filed and the two competing lien claimants became embroiled in a complicated dispute over their respective priority. In cases like Grannan Plumbing and Heating Ltd. v. Simpson Construction (1979) 24 N.B.R. (2d) 238, the main contribution of the Mechanics' Lien Act seems to have been to complicate immeasurably a dispute that should have been relatively straightforward. In substance all that seems to have been involved was a dispute between a contractor and a plumbing sub-contractor as to who was responsible for some excavation work that needed to be done. What it became, though, when the contractor withheld from the

plumber the cost of the excavation work, was a lien action which pulled in the owner and the bonding company as well, and then revolved around the question of whether the owner could take the benefit of a waiver of lien provision which was contained in the plumber's contract with the contractor, but was not contained in the contract between the contractor and the owner. The result was complicated litigation, and a complete distortion of what was apparently a perfectly straightforward disagreement.

Complications of the kind described above arise from the administrative aspects of the mechanics' lien system. Others arise from its substance. The idea of 'substantial completion', for example, which is a major feature of the legislation, is also a major source of practical uncertainties. Liens can only be filed within 60 days of substantial completion, and after that the holdback can be distributed, but when does substantial completion occur? Builders can obviously be caught by the fact that time can begin to run when there is still work to be done (e.g. Hub City Renovations Ltd. v. Budd (1988) 94 N.B.R. (2d) 69), and in a case like W. A. C. Excavators v Food City Ltd (1986) 71 N.B.R. (2d) 186 the owner and the builder may both turn out to be mistaken as to when work is substantially completed, with the court holding that it was later than the owner thought, but earlier than the sub-contractor thought. Both parties are then at risk, depending on when, by reference to a date on which

neither believes the contract 'substantially completed', the sub-contractor happens to file the claim of lien. In W. A. C. Excavators an additional question was whether the sub-contractor had filed within 60 days of the expiry of a period of credit. In the context of the informal contractual relationship under which the sub-contractor was working, the court was not satisfied that a period of credit had been agreed. The result was that the lien vanished and the plaintiff remained unpaid.

Rights under the Mechanics' Lien Act also come to depend, at times, on minute and artificial analyses of contractual dealings. The sort of issue that arises is whether, over the course of a building project, an electrical contractor does several separate jobs or one job in several instalments (see e.g. Eddy Hardware (1971) Ltd. v. Keystone Development Co. Ltd. (1975) 13 N.B.R. (2d) 451). The decision on that issue will determine whether the parties are dealing with one lien, for one amount, with one date for substantial completion, or a number of liens, with separate amounts and different dates for substantial completion. Given the need to file within 60 days, the alternative analyses produce very different results. Investigations of this sort are hardly a credit to a legal framework supposedly designed to ensuring that contractors and sub-contractors get paid. Sometimes they will, sometimes they will not, but certainly it is hard to see that the legislation can give them much reason for a sense of security.

Another feature of the legislation that must cast doubt on the extent to which people can sensibly place reliance on it is that whether or not a person is protected by the legislation is frequently determined by events beyond that person's control. When, for example, a supplier provides materials to a sub-contractor, whether the supplier has a lien depends on whether the materials are provided for a project involving a particular owner. Thus arrangements between the sub-contractor and the supplier, details of which the owner may well not know, will determine whether the owner's property is to be bound. Likewise, the supplier may not know whether he or she has a lien. The materials supplied may be definitely intended for a particular project, but in some cases it will be necessary to prove that they did in fact become incorporated in the building, an eventuality over which the supplier has no control once he or she has parted with the goods. A case like Brunswick Construction Ltée v. Michaud (1979) 26 N.B.R. (2d) 55 shows that a supplier may supply materials to a sub-contractor with the specific intent that they be used on a particular project, but that the prospective claim for lien vanishes if the sub-contractor mingles those materials with others. Even delivering materials direct to a contract site will not assure the supplier of the protection of the lien. This may be because the contractor happens to use specific materials to construct equipment rather than the structure of a building (e. g. Dobbelstyn Electric Ltd v Whittaker Textiles (Marysville) Ltd (1976) 14 N.B.R. (2d) 584) or because the

materials, though used during the construction process and useless thereafter, do not eventually remain on site as part of the completed building (e.g. wood used to build forms for pouring a basement, but then removed from the site - R. A. Corbett & Co. Ltd v Phillips (1972) N.B.R. (2d) 499). Often, however, it may be a matter of mere chance whether particular materials from a particular supplier end up by being incorporated in a building.

It seems equally unlikely that suppliers, sub-contractors and so forth would have any detailed information as to the state of the financing of a project under a mortgage. This matters because under s.9(2), a prior mortgage has priority over liens, "but only to the extent that the total of all payments or advances made . . . does not exceed the value of the land at the time that payment or advance is made." This provision affected the lienholders in a case like Dobbelstyn Electric Ltd v Whittaker Textiles (Marysville) Ltd (1976) 14 N.B.R. (2d) 584. The case arose out of a factory renovation that ran into financial difficulties. The renovation had been financed by the New Brunswick Industrial Finance Board, who had promised $1,500,000 under a debenture which gave, among other things, a fixed and specific mortgage and charge. There was first an argument as to whether this debenture was a "conveyance, mortgage or other charge," since if it was not, it would not attract priority. It was held that it was. On this basis, the Board had priority to the extent of the value of the

land when its advances were made, which was determined to be some $987,000. The lienholders, one would assume, are unlikely to have had the faintest idea of the state of the mortgage or of the value of the land at any time, though these were vital elements in relation to their security.

Upping the ante in the Dobbelstyn case, there was also the position of the Workers' Compensation Board. The Board was a judgment creditor of the defendant in respect of the unpaid balance of the latter's assessment. On the WCB's position Stevenson J. said this:

> The combined effect of section 72 of the Workmen's Compensation Act and section 51 of the Property Act is to give the Workmen's Compensation Board a lien upon the defendant's property ranking after the security held by the Industrial Finance Board but ahead of the successful lien claimants.

With the Industrial Finance Board ranking partly before and partly after the lienholders, though, the WCB's position was uncertain. Stevenson J. held that, if the NBIFB had advanced no more than $987,000, the WCB ranked ahead of the lienholders, but if the NBIFB had advanced more than $987,000 the WCB would be entirely postponed to the lienholders. Here again one sees the protection offered by the Act to the lienholders depending on facts they could not know and could not control. Certainly, one can see the impact of the Act, after the event, in re-ordering priorities and determining who gets paid. What is

hard to see, though, is that the result is sufficiently predictable that any of the parties could really have done anything much in actual reliance on the supposed security of the Act.

The last of the major elements of protection that the Mechanics' Lien Act gives is the trust under s.3. An analysis of the trust is similar in many ways to an analysis of the lien itself. In abstract terms, and on the assumption that special protection for building contracts is desirable, the trust arguably has some attraction; the idea that funds flowing through the project are to be held and used for paying the people involved is a nice match for the 'pyramid' concept in terms of which the Mechanics' Lien Act is often explained. The difficulties, however, come at the practical level. Here again, as with the lien, there is reason to question both the protection that the trust gives and whether it does so with enough predictability to be of significant comfort to anyone. The trust provisions have not produced a large amount of litigation in New Brunswick, so the discussion can be brief.

As to the degree of protection that the trust gives, a major factor is that the holder of the funds has the discretion to decide how to apply the funds, as between the various lawful applications available. The beneficiaries of the trust therefore do not have equal protection, since the holder of the funds can decide which ones will get the money, and can even

decide to pay its own expenses first (Fundy Ventilation Ltd. v. Brunswick Construction Ltd. (1982) 40 N.B.R. (2d) 484).

As for the unpredictability of the trust, many of its features match those of the lien. For example, the supplier of materials is only a beneficiary of the trust if the supply is so specifically directed to a particular contract that the lien arises: Re Johnson Construction (1983) 52 N.B.R. (2d) 219. Suppliers may therefore be unaware of whether they are protected. As with the lien, they may lose their protection because of events over which they have no control.

The holders of the trust funds are apparently placed in a particularly uncomfortable position. They may be unaware of who the potential beneficiaries are, and they are at risk of diverting trust funds when they cannot even know whether trust obligations still exist. Additional exposure arises from the fact that the trust endures even after the time for filing claims of lien is gone. A case like Harding Carpets Ltd. v. Saint John Tile & Terrazzo Co. Ltd. (1988) 87 N.B.R. (2d) 427 is a case in point. Here the plaintiff, long after delivering carpet to the Hilton Hotel development in Saint John (note the tenuous connection between supplying carpet and the 'sweat equity' principle of mechanics' lien law), claimed in trust against the party which was three steps above it in the chain of contracts, and two down from the owner. The plaintiff had already got judgment against the party with whom it had direct

contractual dealings, but had failed to recover on the judgment. It had not registered a claim for lien. The defendant no longer had the trust fund money, but was still held liable for making an unauthorized use of the money at a time when Harding Carpets had not been paid. In the actual circumstances of the case, one might possibly feel that no great wrong was done to the defendant. The use made of the money was to set off a separate debt between the defendant sub-contractor and the contractor, and these were two related companies. Small variations of the facts, though, might have produced very different results, with a sub-contractor held liable for paying to a third party money that the sub-contractor thought was profit on the contract, possibly unaware even of the existence of a supplier, let alone of the fact that the supplier had not been paid. In a case like Fundy Ventilation Ltd. v. Brunswick Construction Ltd. (1982) 40 N.B.R. (2d) 484, it is hard not to sympathise with the plight of Brunswick Construction Ltd., the statutory trustee and eventual loser of the case. There the owner, Fraser Companies Ltd, agreed with Brunswick Construction Ltd., the contractor on a $91 million contract relating to a sulphite mill in Edmundston, that substantial completion had occurred earlier than the court eventually determined. The owner paid the contractor, and the contractor, out of money owed to the sub-contractor, paid an income tax demand under a third party notice which related to tax owed by the sub-contractor. The balance of the sub-contractor's bill was paid jointly to the

sub-contractor and the plaintiff, who had been engaged by the sub-contractor to provide the ventilation system. The plaintiff liened, and the owner then claimed that Brunswick was liable to it under the trust. The plaintiff also claimed directly against Brunswick under the trust. Both claims were successful. In a case like this, one certainly sees the loss being redistributed under the trust provision. What one does not see, though, is any convincing reason of why it is right that the loss should be redistributed in the way it is.

The above is not intended as a comprehensive critique of the Mechanics' Lien Act -- far from it. Rather, it is intended as a brief description of why we are unconvinced of the value of the legislation. Our reservations are on two accounts: first, because we see no compelling argument for the existence of a legal regime of this sort, restricted to the construction industry; second, because even if we were persuaded on the first point, we could not see the legislation as being effective in doing what it is ostensibly designed to do. Our reservations on both accounts are now brought to a head by the concerns expressed to us about the position of the uninformed householder. We examine below various means of addressing the problem, but each of them seems to involve changes which would have a major impact on the scope and operation of the legislation. If, therefore, the Mechanics' Lien Act is of any real value, we see the protection of consumers as being

problematic. If, on the other hand, the Act serves little real purpose or does, on balance, more harm than good, the best way forward would be to repeal it. We invite comment.

Option 2: Improved Observance of the Act

As mentioned above, repealing the Mechanics' Lien Act is a more comprehensive step than is necessary if all one is trying to do is respond to the consumer protection issue that was originally referred to us. If, then, contrary to our present inclinations, the Act is to be retained, how might one respond to the consumer problem within the context of the Act?

One possibility is to improve observance of the Act: to change conduct so that it matches the law rather than to change the law so that it conforms with the conduct. Part of this approach would be to improve people's knowledge of the Act. To the extent that the source of the problem outlined above is that householders are not aware of the requirements of the law, the obvious response would be to cure their ignorance. Alternative methods might include a general campaign of public information, or imposing on somebody (most likely the builder) some form of specific obligation to notify the householder of the effect of the Act.

The weakness of this approach is that experience appears to suggest that the Act is not followed, even when people are

aware of its requirements. There seems to be little point in going to great lengths to inform people of what the Act says if they are still going to disregard it. If, as we suspect, the root of the problem is that the requirements of the Act simply do not reflect the practicalities of the vast majority of the situations to which it applies, no additional amount of information is likely to have much effect.

Does the answer, then, lie in improved enforcement, in finding some better means of obliging people to act as the Act says they should? Again, the answer depends partly on whether the Mechanics' Lien Act is a practical piece of legislation. If it is not, there is little point in investing time and effort in trying to bring people to comply with it: the effort will not succeed. If, moreover, there is doubt as to whether the legislation is desirable in principle, why would one wish to compel compliance with it? Unless and until we are convinced that the Act provides a better legal framework for the subject-matter it regulates than would exist if the Act were not there, it is hard for us to accept that achieving improved observance of the Act should be the objective of legislative reform.

Option 3: Create Exceptions

The next group of possibilities revolve around creating exceptions to the Act. These would provide protection for

those who are now most at risk from the Act. Given that the practical concern expressed relates to ordinary householders, the most obvious exception would be a 'householder exception'. An alternative might be a 'financial exception', stating that the Act only applies to contracts above a certain amount.

A. A 'Householder Exception'. The general idea of a 'householder exception' would be to protect ordinary consumers who were simply having work done to their residences. Obviously the exact nature of the exception would need careful delineation. One important decision would be whether the exception should be limited to improvements to existing dwellings, or whether it should also extend to new construction for would-be resident owners. Arguably, those who were having a complete new house built could be expected to take greater care as to the surrounding legal context.

The first problem with this approach is that, whatever the wording of the definitions, there would be uncertainty in some cases as to whether the Act applied. This would be undesirable, but is the price one inevitably pays for creating exceptions. More fundamentally, though, it is hard to see that, given the principles of the Act, it makes any difference whether what is being worked on is a residence or anything else. Construction is construction, and even a small pyramid of contracts is still a pyramid of contracts. In practical terms, moreover, adopting a 'householder exception' would raise

the question of whether the Act continued to achieve anything substantial once the 'exception' was cut away. Given the existing limits of the Act in relation to highway construction and Crown projects, if a 'householder exception' were also introduced, would the remaining scope of the Act be worth saving?

B. A 'Financial Exception'. A financial exception would be designed to keep small projects out of the scope of the Act. There is an analogy in the existing rule that no claim of lien can be filed if the total amount involved is less than $100 (s.4(4)).

Obviously, the effect of an exception for projects that were small in financial terms would depend upon the level at which a project was defined as 'small'. Given that the purpose of the amendment would be to protect the consumer/householder, 'smallness' could be expected to be defined by reference to the dollar amount involved in normal consumer construction contracts. Again, the figure would be different depending on whether it was assessed by reference to renovations or to new construction.

One advantage of a financial exception is that it recognizes that the scale of a construction project, and thus the complexity of the contractual relationships it may generate, does not depend on whether it is residential or

commercial. Thus if the contractual complexity of construction contracts is the justification for the Mechanics' Lien Act, a financial test may well be a more suitable key to it. On the other hand, as a means of protecting consumers, the 'financial exception' suffers from the weakness of doing indirectly what a 'householder exception' would do directly; it therefore risks failing to protect some of the people it would be designed for (householders would not be protected if their residential work was expensive) and protecting some people it was not designed for (non-domestic owners would be protected if their building project happened to be inexpensive). It also suffers from the difficulty, particularly from the lienholders' point of view, that the same figure in dollars may mean different things to different people. For some, $5,000 may be nothing; for others, it may be everything. If, then, one accepts for the sake of argument that the Mechanics' Lien Act genuinely gives protection to those in the construction business who need it, the danger in establishing a financial exception would be that it might remove the protection from those who need it most. The higher the limit was set, the more the Act would become a vehicle for giving a legal advantage to large contractors only. It is hard to see this as a desirable objective, particularly since the large contractors' continuing legal advantage would now be at the expense of the smaller contractors. The latter, when working under 'small' contracts, would be numbered among the general creditors over whom the lien claimants would take priority.

In addition, of course, the question again arises of whether the Act would be worth saving in the face of such an exception. If a financial exception is established, with the dollar amount set at a level to reflect the idea that, up to a reasonable amount, people should be able to have work done without being affected by the Mechanics' Lien Act, are we not cutting out a large proportion of the contracts to which the Act now applies? And if we are, is the Act worth keeping solely to regulate what is left?

Option 4: Re-structure the Lien/Holdback Tandem

The problem that we started with has been termed that of double jeopardy: that the householder, having paid the contract price once to the builder, may then have to pay the lien amount to a lienholder, and may lose the property if he/she is unable to pay. One way of avoiding this would be to revise the existing legal incidents of the lien and the holdback.

A. Full Payment as Satisfaction of the Lien. An obvious possibility is to say that full payment by the owner to the builder under the contract discharges the lien. This, however, undermines a major principle of the Act, which is that the security of those who work on a construction contract is against the owner's land. If the lien were discharged by full payment, that security would be gone. Admittedly, the lien is

not their only security. Section 3 also imposes a trust fund for contract money, and allowing full payment to discharge the lien would not affect the trust obligations of the contractor and subcontractors. Nonetheless, insofar as the lien and the holdback give protection against what may happen to the trust money once it is in the hands of those to whom it is paid, that protection would be lost.

Another effect of allowing full payment to discharge the lien, even during the holdback period, would probably be to produce a significant change in the practices based on the Act. Applied across the board, it would be tantamount to repealing the holdback provision: with the lien discharged by payment, the threat that holdbacks guard against would be gone. This could be expected to affect those aspects of construction contracts that now revolve around the statutory holdback amounts and holdback periods. Indeed, allowing payment in full to discharge the lien, however early the payment was made, could even produce an incentive for early payment under the contract, since early payment would enable the risk of being liened to be removed at the earliest possible opportunity.

No doubt there could be ways of giving a degree of protection for early payments while not undermining the holdback system entirely. An obvious example would be to say that only payments made in ignorance of the law discharged the

lien. Arguably, in the interests of consumer protection, one should go further, since it is not always ignorance of the law that is the cause of the risk. However, anything that might be developed along these lines runs into a familiar obstacle. It would make the protection of the suppliers, employees and so forth depend on things which would be hard for them to know and impossible for them to control. It would add, therefore, one further element to the unpredictabilities of an Act which, as discussed above, already seems to us to be defective on account of its unpredictability.

B. A Simplified Act. Extending the line of reasoning in the paragraphs above, one thing we have wondered is whether there is anything to be said for a reformulated Mechanics' Lien Act, stripped down to its basic principles and rid of much of the detail which now clutters the legislation. If one simply created in the Act a statutory lien, which was not time-limited but could be protected at any time by registration or discharged by full payment to the contractor, and a statutory trust such as now exists, one could perhaps produce an Act that was far simpler than the existing one yet perhaps as effective in achieving its legal aims.

We say this, though, with an awareness of the considerable practical implications that would flow from an attempt to re-cast the Act in this simpler form. Some were mentioned under the previous heading, and might produce

substantial changes of practice in those areas of construction work where the Mechanics' Lien Act is now taken seriously. We also have considerable reservations as to whether that 'simpler' result would actually be attainable. Experience suggests that it is easy enough to formulate the broad general principles of legislative reforms, but that when one gets down to the details of the legislation, simplicity can be elusive. The existing trust provision of the New Brunswick Act is a case in point. It is, in a sense, simple. It is certainly short, and it expresses its basic idea in straightforward terms. In application, however, it is far from simple, and can be, as described above, a source of considerable uncertainty and risk for anybody who happens to be in possession of trust funds. Ontario has abandoned such a sweeping provision in favour of a more limited one. The Newfoundland Law Reform Commission has argued in favour of the more limited provision. Things are not always as 'simple' as they seem.

C. Make the Lien/Holdback Contingent on Notice. At present, the lien arises as a matter of law as from the day work begins, and the obligation to hold back applies whenever a payment under the contract is made. It is this which makes ignorance of, or non-compliance with, the Act such a problem. If the lien did not arise until the owner had been notified, and then only related to work or materials subsequently provided and payments subsequently made, the problems would be cured. The

giving of notice would serve to inform the owner of the requirements of the Act, and the owner would presumably comply, since he/she has nothing to lose by doing so.

Two major difficulties arise from this approach. First, if the Mechanics' Lien Act does provide protection that is of value, imposing a notice requirement would undermine it. If protection is needed, it is presumably needed from day one. The change discussed here would probably only begin to provide protection once it was already too late. Though notice could be given before the work began, one suspects that in practice it would often only be given after things had started to go wrong.

The second drawback of this approach emerges when one asks who, among the various parties who may be involved in a construction project, would have the power to serve the notices. Amendments of this sort might say that only the head contractor could serve the notice on the owner, or they might say that any participant in the project could. In the first case, this would give the head contractor a veto over the applicability of the Act, and the head contractor could not be relied on to act in the interests of all whom the Act aims to protect. In the second case, it would allow any participant to impose the holdback on all others, whether they liked it or not. Each approach has its problems.

A third possibility would be somehow to limit the notice so that it only affected the specific interest of the party giving the notice. This, though, is essentially the function of s.16 already. If this were considered the route to follow, it would lead in the direction of repealing the automatic holdback provision in s.15, the implications of which have been touched on above. We note also that s.16 does not appear to be a particularly useful section at present, and that it is hard to see that a provision along the lines of s.16 can be drafted so as not to have at least some effect on other participants in the contract. This is because compliance with the notice could presumably only be by deductions from payments that would otherwise have been made to the head contractor, and through him/her, to other participants. Again, therefore, the party serving the notice would to some extent be imposing a new legal regime on the other parties to the project and disrupting the anticipated flow of the project.

Option 5: Make the Act an Opt-in Scheme

At present it is possible to contract out of the Mechanics' Lien Act, but only to the extent the Act permits. If the Act became an opt-in scheme, it would only apply if the parties expressly agreed that it did. This would solve not only the problem of the uninformed consumer but also that of the recalcitrant contractor. The owner who opted in would

presumably know what he or she was getting into, and the contractor who opted in would presumably be prepared to operate in accordance with the Act.

If one limits one's attention to the position of the owner and the contractor, an opting in system has some attractions. It would mean that the parties were free to follow the scheme of the Act or not as they wished. Whether they chose to do so would presumably depend upon whether they thought the Act provided satisfactorily for the relationships of the various participants in a construction project.

The problem with an opting in approach comes when one considers the position of participants other than the owner and the head contractor, particularly employees or people who only become involved at later stages of the project. The alternatives here are similar to those discussed earlier with the notice provision. Either the other participant has no say in whether the Act applies, or he/she has the right to impose the Act on others, or some middle way has to be found by which some sort of partial application of the Act can be effected. Under the first of these alternatives, people are at the mercy of the owner and the contractor, who cannot necessarily be expected to act in any interests but their own. Under the second alternative, the owner and the contractor, and possibly others as well, are at the mercy of anybody else who happens to

think that the Mechanics' Lien Act should be imposed on them all. Under the third alternative, the prospects are of an extremely complicated legal situation.

Of these alternatives, the first seems the most practical: that the head contract would determine whether or not the Act applied. As to the effect on people who were not parties to that contract, one answer might be that they would not have to become involved with the project or the contractor if they were uncomfortable with the terms on which the project was being conducted. If disquiet at the idea that the Mechanics' Lien Act might not apply were sufficiently widespread, this would presumably influence the head contractors and lead them to opt in as a matter of course. Making the Act an opt-in scheme, therefore, would expose the particular set of legal relationships imposed by the Mechanics' Lien Act a hundred years ago to the test of reality today. It would, in effect, give those who are now covered by the Act a choice as to whether or not it should survive. If they regularly chose to opt in, or only to participate in projects that were being conducted under the Act, the Mechanics' Lien Act would remain a living reality. If they did not, the Act would become in practice a dead letter, and could be repealed in due course.

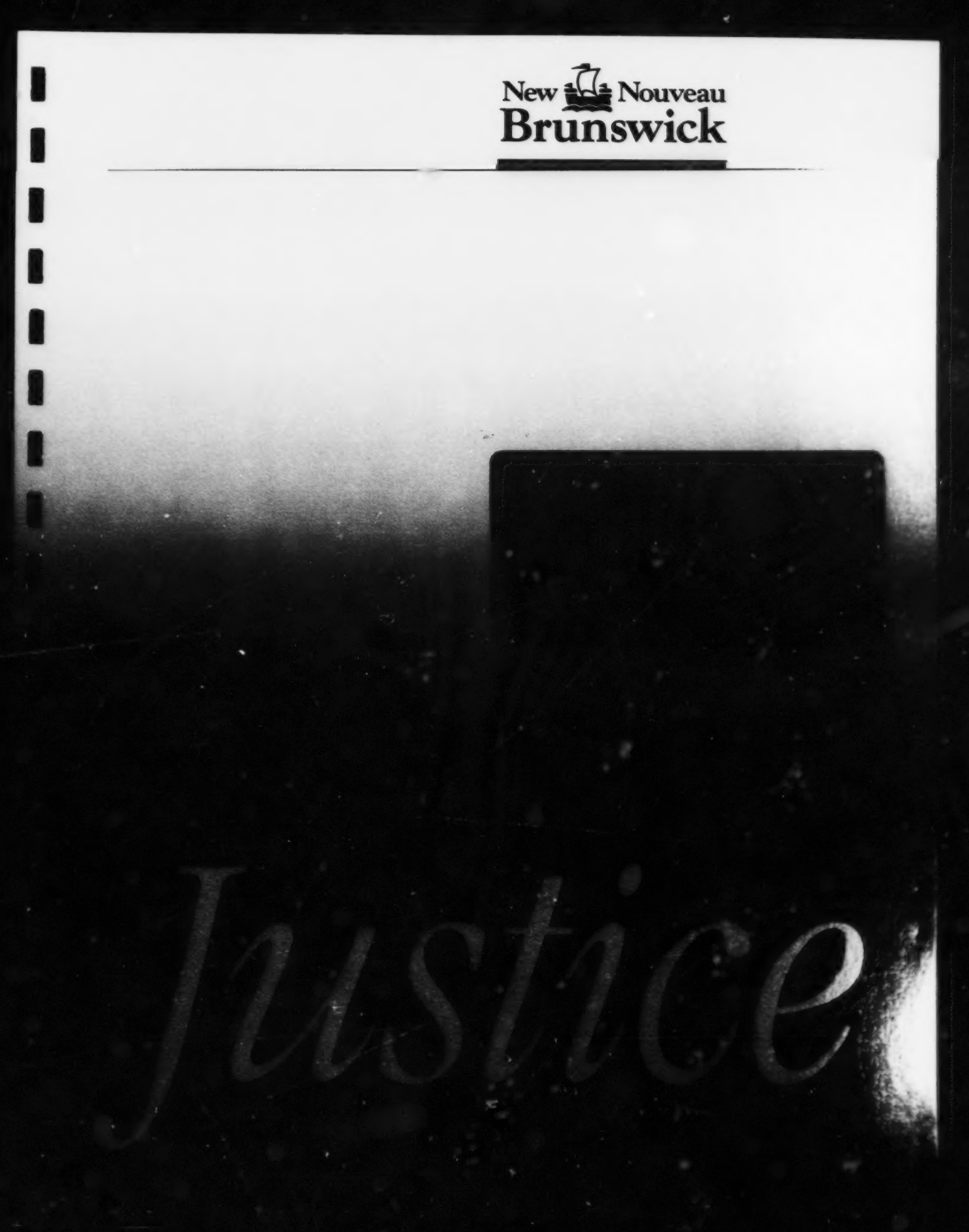
## Conclusion

At present, it is not clear to us whether the Mechanics' Lien Act should continue to be part of the laws of this Province. With this issue unresolved, it is equally difficult to know how to approach the consumer protection problem referred to us by the Ombudsman. As to the Act itself, we have a variety of reservations, such that on the material available to us we are doubtful that the Act achieves much that is worth accomplishing. We hope that others will give us the benefit of their experience on this. In relation to the consumer problem that we started with, we suspect that the various solutions we have discussed may either make a bad Act worse or may so limit the scope of the Act that it might as well be repealed.

We therefore lean at present towards the view that the Act should be repealed. Alternatively, if this seems too absolute a step to be made at this time, we would suggest making the Act an opt-in scheme, thus exposing the Act to the test of reality in the 1990's. Experience under an opting-in provision could be reviewed after a period of time to see whether repeal or some other form of amendment was justified. We are not inclined at present to recommend an overhaul and reworking of the Act. We doubt that this would produce an Act that worked much better than the present one, but in any event we consider that before such an exercise is even contemplated,

there is an onus of justification to be overcome by those, if any, who would wish to see the Act continue. If, contrary to our present belief, the Mechanics' Lien Act does provide a significant advantage to specific groups, what is the justification for that advantage and for its preservation?

New Nouveau
Brunswick



# Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux: Prête pour l'abrogation?

Document de travail

Direction de la réforme du droit
Cabinet du procureur général
juillet 1992

**AVANT-PROPOS**

Le but de ce document est de susciter une discussion sur la question suivante: La Loi sur les privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux doit-elle être abrogée? La Direction de la Réforme du droit estime que oui. Toutefois, avant de faire une recommandation définitive au gouvernement, nous aimerions connaître votre opinion à ce sujet.

Les propositions qui sont énoncées dans ce document sont préliminaires. Elles ne constituent la politique ni du ministère de la Justice ni du gouvernement. Elles sont soumises pour étude et commentaires. Les réponses reçues seront prises en considération avant que ne soit préparé un rapport final destiné au ministre.

Les représentations devraient être faites au plus tard le 1er novembre 1992 et transmises à l'adresse suivante:

Le directeur
Direction de la réforme du droit
Cabinet du procureur général
C.P. 6000
Fredericton (Nouveau-Brunswick)
E3B 5H1

Le directeur,

Basil D. Stapleton, c.r.

## TABLE DES MATIÈRES


| | | |
|---|---|---|
| Introduction | | 1 |
| Le problème de la retenue | | 8 |
| Solutions à considérer | | 11 |
| Option 1: | Abroger la Loi | 11 |
| Option 2: | Meilleure observation de la Loi | 37 |
| Option 3: | Créer des exceptions | 39 |
| Option 4: | Restructurer le tandem privilège et retenue | 43 |
| Option 5: | Transformer la Loi en un mécanisme de participation sélective | 49 |
| Conclusion | | 51 |

# LA LOI SUR LE PRIVILÈGE DES CONSTRUCTEURS ET DES FOURNISSEURS DE MATÉRIAUX: PRÊTE POUR L'ABROGATION?

## INTRODUCTION

Le présent document soulève deux questions. D'abord, devrait-on abroger la Loi sur le privilège des constructeurs et des fournisseurs de matériaux (ci-après la Loi)? Ensuite, dans la négative, que devrait-on faire des dispositions relatives à la retenue, notamment lorsqu'elles portent sur les consommateurs peu conscients ou inconscients de leurs obligations légales? Évidemment, il existe d'autres questions qu'on pourrait soulever à propos de la Loi, et en réponse au présent document, nous serions heureux de les recevoir. Le centre d'intérêt plus restreint mentionné en haut résulte toutefois de la façon dont notre recherche a évolué jusqu'à maintenant.

Notre étude a été mise en branle pour répondre aux observations de l'ombudsman, qui, en 1985, avait enquêté sur les plaintes des propriétaires domiciliaires et reconnu avec eux que la Loi était source d'injustices. La difficulté, selon lui, consistait dans le fait que les propriéatires domiciliaires manquaient d'indications sur l'existence des privilèges de construction. À première vue, cela semblait être un problème mineur qui n'appelait qu'une solution mineure.

Cependant, au fur et à mesure que notre étude progressait, la question de savoir si la Loi devrait continuer à exister paraissait de plus en plus envahissante. Il s'est avéré qu'il était difficile de protéger les propriétaires domiciliaires non informés dans le cadre de la Loi. Pour ce faire, il fallait déroger à d'autres intérêts qu'elle favorise. Mais en examinant les solutions de rechange, nous nous sommes rendu compte, d'abord, que nous n'étions pas certains pourquoi ces autres intérêts nécessitaient une protection législative spéciale, compte tenu surtout de ce que nous avions pu découvrir sur l'application de la Loi dans la pratique. Ensuite, même à l'égard de ceux que la Loi était censée protéger, nous doutions fort vigoureusement qu'elle fût une médaille sans revers. Notre recherche a par conséquent atteint l'étape où deviennent nécessaires la participation et les observations d'autres personnes. Pour le moment, nous pensons, tout bien considéré, que la Loi présente à tout le moins autant de désavantages que d'avantages et qu'elle devrait être abrogée. Si les autres étaient de notre avis, notre travail pourrait alors se terminer ici.

Mais s'ils sont d'avis contraire, la question de l'occupant non informé refait surface et attire notre attention. Dans les pages qui suivent, nous examinerons certaines solutions possibles. Elles sont soumises aux discussions pour ce qu'elles valent, mais aussi dans le contexte de notre question sur l'abrogation possible de la

Loi. Si la Loi mérite d'être retenue dans sa forme actuelle, mériterait-elle toujours de l'être une fois qu'on y avait apporté les modifications pour la protection de l'occupant non informé? La même question pourrait se poser au sujet d'autres problèmes que le public pourrait porter à notre attention concernant la Loi. Il serait utile, pour quiconque le ferait, d'indiquer si ces questions s'ajoutent aux arguments favorisant l'abrogation de la Loi ou si ce sont des points qui pourraient et devraient être corrigés dans le cadre général de la Loi. Dans le dernier cas, nous aimerions recevoir les solutions projetées.

Nous devons signaler qu'au cours de notre étude, nous en sommes venus à considérer la protection du consommateur comme une question de plus en plus fondamentale. La Loi s'applique déjà à une partie seulement des activités de l'industrie de la construction : elle ne lie pas la Couronne, et la construction de routes pour les municipalités en est expressément exclue. On nous dit que ces exceptions représentent une importante partie de l'ensemble des activités de la construction au Nouveau-Brunswick. Nous présumons que les contrats mettant en cause les propriétaires domiciliaires peuvent représenter une fraction considérable du reste, bien que chaque contrat individuel puisse ne pas être très important. Si tel est le cas, les modifications relatives aux propriétaires domiciliaires pourraient modifier considérablement la portée de la Loi.

Ces modifications semblent toutefois être absolument justifiées. L'information à notre disposition suggère que la grande majorité des propriétaires domiciliaires ne connaissent pas la Loi et, bien souvent, ceux qui la connaissent n'en tiennent pas compte, parfois sciemment, parfois dans l'optique de ce qu'ils pourraient considérer comme des contraintes. La Loi est également susceptible de causer des injustices dans son application. Toutefois, la justification du changement réside moins dans la survenance même des injustices qui, serions-nous portés à croire, est relativement peu fréquente, que dans le très large fossé qui, d'après nous, sépare le comportement des gens et la loi.

D'après notre étude de la jurisprudence néo-brunswickoise, nous soupçonnons qu'un fossé tout aussi large puisse souvent exister dans le cas des travaux de construction qui ne concernent pas les propriétaires domiciliaires. Plusieurs des causes n'auraient pas pu se produire comme elles l'ont fait, à moins que, même dans le secteur commercial, une bonne partie des activités s'effectuent comme si la Loi n'existait pas, celle-ci n'étant rien d'autre qu'une éventuelle pensée après coup si les choses tournent mal. Que la Loi ne soit qu'une pensée après coup n'a évidemment rien d'inhabituel. Il est probablement normal que les gens ne prêtent attention à leurs recours juridiques qu'en cas de besoin. Ce qui est différent à propos de la Loi en tant que pensée après coup c'est que, lorsqu'elle est invoquée dans les

cas où les parties ne l'ont pas expressément prévu, elle impose une série de droits et d'obligations qui est probablement bien différente de ce qu'envisageaient les parties au moment de la conclusion du contrat. Qui plus est, elle le fait de façon rétroactive, car les parties découvriront que des mesures telles les retenues auraient dû être prises depuis longtemps. Dans ces circonstances, la Loi constitue davantage un piège pour les gens imprévoyants qu'une protection pour les gens qui en ont besoin. Il se peut bien qu'il y ait relativement peu de cas où la mise en oeuvre des mesures prévues dans la Loi est invoquée. Cela ne constitue pourtant pas un solide argument en faveur de la Loi. Nous avons plutôt tendance de considérer cela comme une indication que dans l'ensemble, la vie continuerait comme avant, avec l'abrogation. Après tout, les règles qui seraient abrogées sont celles que les gens ne suivent pas ordinairement.

Certains, évidemment, prennent la Loi au sérieux. Notre impression toutefois est qu'il s'agit de gens qui ont le moins besoin d'elle: ce sont des gens qui disposent de ressources juridiques et financières qui leur permettent de défendre leurs propres intérêts, et ils le feraient même en l'absence de la Loi. En effet, en recourant à des mécanismes tels que le cautionnement, ces gens obtiennent apparemment une protection plus étendue que celle prévue par la Loi. À l'inverse, les personnes qui, à n'en pas douter, ont le plus besoin de protection légale - les employés, dont le gagne-pain dépend

des contrats et de la solvabilité d'autrui -- ne semblent faire presqu'aucun usage de la Loi. Dans notre recherche relative au présent document, après avoir examiné la jurisprudence rapportée au Nouveau-Brunswick sur une période de vingt-cinq années, nous avons identifié un seul cas portant sur la revendication d'un privilège garantissant le paiement de salaires. Nous avons aussi examiné brièvement tous les privilèges de construction déposés en 1990 et 1991 dans les trois bureaux de l'enregistrement situés à proximité de Fredericton : les bureaux des comtés de York, de Sunbury et de Queens. Aucun privilège garantissant le paiement de salaires n'y a été déposé. La seule chose qui s'y apparentait était une revendication déposée par un syndicat concernant des paiements qui devaient lui être faits directement d'après une convention collective. Ces paiements avaient trait aux avantages sociaux des membres. Le juge a décidé qu'il s'agissait effectivement d'un privilège garantissant le paiement de salaires (malgré ce que soutenait le titulaire du privilège), mais même là, il ne s'agit manifestement pas d'un cas dans lequel des employés faisaient valoir leurs droits en vertu de la Loi. Tout avantage qu'ils en ont tiré découlait de leur affiliation à une organisation -- le syndicat -- qui rejoint la description en haut d'une personne ayant les ressources financières et juridiques suffisantes pour défendre ses intérêts. Les employés qui agissent seuls, sommes-nous portés à croire, n'obtiennent pratiquement aucun bénéfice de la Loi.

Somme toute, nous soupçonnons que la Loi soit un échec: elle ne réalise tout simplement pas ce qu'elle est censée réaliser. De plus, cet échec est coûteux. Un aspect de ce coût est la possibilité de créer des injustices dans des circonstances semblables à celles des contrats de construction domiciliaire, où la pratique est si peu reliée à la Loi. Ensuite, il y a le coût économique que représente l'observation de la Loi. On avance souvent l'argument que la législation sur les privilèges de construction fait augmenter le coût des projets de construction en ralentissant la circulation des fonds; cela suggère que la Loi peut constituer une gêne plutôt qu'une aide à l'activité économique. Sans doute une certaine gêne pourrait être acceptable en échange d'une plus grande sécurité. Nous soupçonnons cependant que l'augmentation de la sécurité est minimale alors que les coûts et les inconvénients imposés par la Loi sont excessifs en comparaison.

Pour l'instant, notre avis provisoire est que la Loi devrait être abrogée. Nous le disons tout en reconnaissant qu'elle comporte certains éléments qui, théoriquement, paraissent attrayants. Mentionnons par exemple l'idée que les personnes dont le travail et les matériaux créent un objet pour autrui possèdent un certain intérêt acquis dans cet objet tant qu'elles n'ont pas été payées. À cet égard, il y a lieu de comparer la Loi avec des mécanismes tels la notion de fiducie par interprétation judiciaire qui se développe en common law (laquelle, pensons-nous, si la Loi était abrogée, pourrait fort

bien la remplacer dans certaines circonstances). De la même façon, si la Loi était perçue, comme elle pourrait l'être sous certains aspects, comme étant une tentative d'assurer que les fonds disponibles pour un projet parviennent aux mains de ceux qui en ont le plus besoin, elle pourrait, au lieu d'être abandonnée, être considérée comme une loi à développer, une loi dont le champ d'application devrait même être étendu. Notre proposition selon laquelle la Loi devrait être abrogée sans être remplacée reflète donc l'idée que, quelles que soient ses promesses dans ces domaines, la Loi n'arrive pas à les tenir. Tout compte fait, nous soupçonnons que le Nouveau-Brunswick s'en trouverait bien mieux sans elle.

## LE PROBLÈME DE LA RETENUE

Comme il a été indiqué précédemment, le problème précis qui nous a été renvoyé pour étude portait sur l'effet des dispositions relatives à la retenue de la Loi sur les consommateurs peu conscients ou inconscients de leurs droits et obligations qui y sont prévus. À première vue, il peut sembler surprenant que cette question apparemment bien définie devrait mener à une enquête sur l'abrogation éventuelle de la Loi. Toutefois, les dispositions relatives à la retenue sont fondamentales, car dans la forme actuelle de la Loi, ces dispositions constituent la contrepartie essentielle de l'existence du privilège que crée la Loi. Le privilège accorde à tous les participants à un projet de construction un droit

direct contre le propriétaire du terrain sur lequel la construction a lieu. La retenue prévoit la protection contre l'exercice de ce droit. La législation sur les privilèges de construction, a-t-on dit, s'inspirent de l'idée selon laquelle les projets de construction impliquent typiquement une chaine de contrats où plusieurs parties ne peuvent faire valoir aucun droit contractuel contre d'autres. Dans ce contexte, le privilège fournit le moyen par lequel ceux qui se situent à un niveau inférieur de la chaine obtiennent une certaine protection contre la mauvaise conduite de ceux qui se trouvent placés plus haut. La retenue remplit une fonction inverse, soit celle de protéger le propriétaire contre les parties qui se trouvent à un niveau inférieur de la chaine. Elle fournit un fonds sur lequel les privilèges peuvent être payés, du moins en partie, tout en protégeant le propriétaire contre le double péril d'avoir à payer à la fois l'entrepreneur et le titulaire de privilège pour le même travail.

Cependant, dans la pratique, comme le montre le problème dont l'ombudsman a saisi le ministère de la Justice, il y a tout lieu de croire que ce beau tandem de privilège et de retenue ne fonctionne pas. Les propriétaires domiciliaires ordinaires, dit-on, ne connaissent pas souvent l'existence possible d'un privilège sur leurs biens ni l'obligation de retenir un pourcentage du prix. En conséquence, ils versent intégralement le prix au constructeur et s'exposent entièrement au risque de devoir encore payer le titulaire de privilège

lorsque ce dernier vient à exercer son privilège. En outre, on suggère que même le propriétaire domiciliaire qui connaît la portée et l'effet de la Loi peut trouver difficile ou désavantageux de s'y conformer. Les constructeurs peuvent ne pas être disposés ni capables d'attendre l'expiration de la période de retenue pour être payés; ils peuvent exiger le paiement intégral pour continuer les travaux. La bonne exécution du contrat dépendra souvent de la possibilité pour chaque partie de faire des compromis en fonction des besoins de l'autre. Encore une fois, le double péril du propriétaire domiciliaire surgit en conséquence: il y aura le privilège, mais il n'y aura pas de retenue.

Selon les indications à notre disposition, au moins, au niveau résidentiel et peut être à un niveau plus général, les exigences de la Loi sont fréquemment inobservées, que ce soit sciemment ou non, volontairement ou à contrecoeur. Si tel est le cas, cela reflète sûrement l'insuffisance de la Loi. Si, dans les cas qui, selon nous, constituent probablement la majorité des cas auxquels elle s'applique, les travaux de construction sont effectués sans qu'il soit tenu compte de la Loi -- ou peut-être seulement parce qu'il n'en est pas tenu compte -- et si on considère qu'une injustice est créée parce qu'une tierce partie impayée a fait exactement ce que prévoit la Loi en exerçant son privilège, il y a évidemment quelque chose qui cloche avec la Loi. Il importe donc de décider ce qu'il faut faire à ce sujet.

## SOLUTIONS À CONSIDÉRER

**OPTION 1 : Abroger la Loi**

La solution que nous désirons particulièrement examiner ici est l'abrogation de la Loi. Évidemment, il s'agit d'une mesure plus radicale que celle qu'il serait nécessaire de prendre si on désirait seulement protéger les consommateurs. Toutefois cette protection est beaucoup plus difficile à assurer dans le cadre légal actuel qu'on ne serait porté à le croire. Abroger la Loi aurait certainement pour effet d'éliminer le risque auquel les consommateurs sont actuellement exposés. Cela signifie également qu'il n'y aurait plus lieu de régler tout autre problème qui pourrait nous être signalé en réponse au présent document. Si, par contre, la Loi n'est pas abrogée, elle devrait être maintenue dans une forme qui protège les consommateurs contre le risque qu'elle présente maintenant. Nous décrirons un peu plus loin les genres de modifications que nous avons examinées, et nous accueillerons bien volontiers d'autres suggestions à cet égard. Nous espérons que les opposants à l'abrogation de la Loi, s'il y en a, ne se contenteront pas de motiver leur opposition, mais nous diront également la solution qu'ils préconisent pour régler le problème du consommateur. L'une des questions auxquelles ils devront répondre est celle-ci: est-ce-que la Loi pourrait être modifiée conformément à la solution qu'ils préconisent pour les consommateurs tout en conservant son utilité?

Notre opinion provisoire sur l'abrogation de la Loi est fondée sur deux sources principales. La première a trait à la justification en principe de la Loi et la seconde à la question de savoir si la Loi a réussi à atteindre ses prétendus objectifs. Nos doutes sur ces deux questions sont reliés.

Pour ce qui est du principe qui sous-tend la Loi, la première difficulté provient du fait que nous n'avons pas encore découvert d'énoncé persuasif ou qui fait autorité sur la nature de ce principe. Il existe évidemment beaucoup d'explications dans les jugements, la doctrine, les rapports de Commissions de réforme du droit et ailleurs. Les explications diffèrent, cependant. Certains considèrent parfois la Loi comme une tentative de stimuler l'industrie de la construction et de promouvoir cette activité, d'autres la présentent comme une mesure de protection pour ceux qui sont le plus économiquement vulnérables dans un secteur caractérisé par une insécurité notoire. Certaines explications s'expriment en termes de recouvrement des créances, la Loi étant pratiquement considérée comme un élément du droit de l'insolvabilité. D'autres encore justifient la Loi par l'argument voulant que les rapports juridiques qui se nouent dans l'industrie de la construction soient propres à cette industrie et nécessitent un traitement particulier. Chacun de ces exposés a sans doute quelque mérite : on peut au moins lire la Loi et y voir un lien logique. Néanmoins, leur diversité nous amène à nous demander

quel poids accorder à chacun d'eux. En effet, plus ils deviennent élaborés, plus ils évoquent la rationalisation plutôt que l'explication.

L'incertitude que nous ressentons quant au but réel de la Loi n'est pas non plus diminuée par l'examen des délibérations de l'Assemblée législative lors de l'adoption de la Loi. Le gouvernement d'alors n'était évidemment pas très enthousiaste. Il a présenté le projet de Loi à l'Assemblée législative pour la première fois en 1894, après s'y être opposé à plus d'une reprise dans le passé lorsque le projet de Loi a été présenté par un député. Au cours des débats en 1893, le premier ministre et procureur général A. G. Blair, s'était opposé au projet de loi :

> L'hon. M. Blair a signalé qu'il appuierait le projet de loi si on pouvait démontrer que son adoption ne porterait pas préjudice à d'autres catégories. Il a longuement fait valoir que le projet de loi accorderait un monopole aux riches entrepreneurs et n'offrait en réalité aucune protection aux ouvriers ou aux constructeurs et fournisseurs de matériaux. (Compte rendu, 1893, p. 120.) (traduction)

Un siècle plus tard, cet argument sonne toujours juste.

Lorsque le projet de loi a été présenté l'année suivante, c'est M. Blair qui l'a présenté, bien qu'avec des réserves évidentes.

> M. Blair a indiqué que c'était la première fois qu'une telle mesure était présentée comme projet de loi gouvernemental. La présentation du projet de loi faisait suite au très vif désir exprimé partout au pays et à une étude attentive du fonctionnement de lois semblables ailleurs. Tout en étant personnellement en faveur du principe des privilèges, il pouvait avouer librement qu'il avait toujours douté que le principe pût être formulé de manière à éviter de causer de graves préjudices aux parties innocentes. (Compte rendu, 1894, p. 126.) (traduction)

En somme, le gouvernement semble avoir agi contre son propre jugement en présentant le projet de loi, et le fait que le projet de loi a été présenté par suite du "très vif désir exprimé partout au pays" nous amène à nous tourner avec quelque intérêt vers les propos exprimés par le président de la Commission de réforme du droit de l'Australie du Sud à la Commission de réforme du droit de Terre-Neuve en réponse au document de travail sur les privilèges publié par cette dernière en 1988. Il a écrit que la législation sur les privilèges de construction avait été "la vogue juridique pour ainsi dire" en Australie au cours des années 1890, mais que tous les États, sauf l'Australie du Sud, l'avaient abrogé par la suite. Dans la mesure où les débats de 1893 et 1894 à l'Assemblée législative permettent de justifier l'adoption de la loi néo-brunswickoise, il en ressort que la Loi devait promouvoir la cause des privilèges en général -- une fiducie générale par interprétation judiciaire ou une sorte de notion de "part venant de la sueur" -- plutôt que des privilèges de construction en particulier. Le fait que la Loi se limitait au

contexte de la construction était apparemment considéré comme un aspect négatif plutôt que positif, un aspect qui a diminué les plus grands mérites de la Loi au lieu de les promouvoir. Il est certain que les débats ne peuvent appuyer l'argument selon lequel la Loi était une réponse délibérée aux besoins spécifiques des travaux de construction -- fait qui tend à renforcer l'échec des arguments ultérieurs en faveur de la Loi.

Quant au besoin social au Nouveau-Brunswick d'une telle loi à l'époque, nous notons qu'il a fallu attendre quatorze années avant que le premier privilège de construction ne fût enregistré dans le comté de Sunbury et vingt-huit années dans le comté de Queens. Il s'agit pourtant de deux comtés ruraux. Dans le comté de York qui englobe Fredericton, une seule revendication de privilège était déposée en 1894, trois en 1895, aucune en 1896 et une en 1897. Évidemment, on ne se pressait pas à tirer profit de la Loi.

Si on demeure perplexe devant la question de savoir ce qu'était l'intention réelle de la Loi, il n'en reste pas moins qu'on puisse répondre à l'argument voulant que les structures juridiques particulières de la Loi soient une réponse aux circonstances juridiques particulières qui prévalaient dans l'industrie de la construction. Les ouvrages sur les privilèges de construction parlent des contrats de construction en termes de structure pyramidale réunissant les entrepreneurs

généraux, les sous-traitants, les fournisseurs, et ainsi de suite, dans une entreprise commune menant à la production d'une amélioration sur le bien-fonds du propriétaire foncier. Ils mentionnent que l'amélioration est faite à crédit et qu'il y a lieu d'assurer le paiement à ceux qui y contribuent. Ils notent que nombre des parties dans la pyramide ne sont pas liées par un lien contractuel et que, par conséquent, elles n'ont pas qualité pour faire valoir leurs droits à l'égard des autres participants.

Franchement, rien de cela n'est très convaincant. La structure pyramidale par exemple, n'est pas une notion exclusive aux contrats de construction. De nombreux autres procédés de fabrication dépendent de contrats de sous-traitance et de la fourniture de pièces. Certains sont même sur une échelle comparable aux grands projets de construction; comme exemple pertinent pour le Nouveau-Brunswick, mentionnons les gros contrats de construction navale, et la machine à fabriquer du papier décrite dans Beloit Canada Ltd c. Fundy Forest Industries Ltd (1981), 37 R.N.-B. (2$^{e}$) 17 n'était certainement pas une petite pièce de matériel: 200 pieds de long, 18 à 20 pieds de haut, 15 à 16 pieds de large, et installée comme partie intégrante d'un moulin à papier en construction. Pourtant elle n'a pas été considérée comme une "amélioration" entrant dans les limites du traitement préférentiel prévu par la Loi.

Nous sommes, en outre, portés à croire que la complexité des contrats importants que laissent entrevoir les descriptions susmentionnées, ne se compare probablement pas aux faits de la plupart des contrats auxquels s'applique la Loi néo-brunswickoise. Cela est d'autant plus vrai, si, comme on nous l'a mentionné, la plupart des gros contrats de construction conclus dans la province sont des projets de la Couronne, ou des projets de construction de routes, auxquels la Loi ne s'applique pas entièrement. Un relevé des revendications de privilège déposées en 1991 dans les comtés de York, Sunbury et Queens suggère certainement qu'il n'y a rien de compliqué dans la plupart des situations où les privilèges de construction sont déposés. Dans presque 40% des cas, les titulaires de privilège faisaient manifestement affaire directement et exclusivement avec les propriétaires; aucune autre partie n'est nommée dans la revendication de privilège comme participant au contrat. Dans environ 10% des autres cas, les titulaires de privilège faisaient directement affaire avec les locataires concernant les améliorations effectuées par ces derniers dans des centres commerciaux. Dans d'autres cas, il semblait que, si on avait fait valoir l'argument, l'entrepreneur aurait pu bien être reconnu comme mandataire du propriétaire dans l'achat des fournitures ou dans la prise des arrangements pour que le travail fût effectué. Les cas où le titulaire de privilège invoquait à plus d'un degré contractuel contre le propriétaire étaient extrêmement rares. Il est vrai que, même dans des situations contractuelles aussi simples que

celles-ci, il peut y avoir un manque de liens entre le propriétaire et, disons, l'employé ou le fournisseur de l'entrepreneur avec qui il fait affaire. Pourtant, ces contrats n'ont rien de complexe ni d'extraordinaire. Ils ont leurs équivalents dans de nombreux domaines autres que celui de la construction. Nous ne sommes pas certains de la raison pour laquelle les travaux de construction auraient besoin d'un régime légal spécial. Si la Loi est destinée à s'appliquer aux "pyramides" complexes comme celles décrites dans les textes, nous suggérons qu'au Nouveau-Brunswick, elle est fondée sur une fausse prémisse. À notre avis, la plupart des contrats auxquels s'applique la Loi néo-brunswickoise n'y ressemblent pas tout simplement.

La suggestion selon laquelle l'amélioration sur le bien-fonds du propriétaire est effectuée à crédit constitue également un élément insolite dans la justification de la Loi. Accorder une marge de crédit, dans le sens d'accorder un délai de paiement, constitue une caractéristique commune à de nombreuses activités commerciales, mais dans le cas de la Loi, le fait d'accorder une marge de crédit de cette manière est requis par la Loi elle-même, qui oblige le propriétaire à retenir 15% ou 20% de tous les paiements jusqu'à soixante jours après l'exécution substantielle des travaux. En outre, dans les circonstances actuelles, on pourrait présumer que le crédit à l'aide duquel la plupart des améliorations sont en grande partie exécutées constitue du crédit dans un sens plus

classique, soit le crédit fourni par des établissements financiers. Ce crédit pourrait être consenti au propriétaire foncier ou à l'un quelconque des participants au projet, et pourrait être garanti ou non. Si la Loi vise vraiment à protéger ceux qui accordent le crédit qui permet au propriétaire foncier de bénéficier d'une amélioration sur son bien-fonds, il semble qu'il y ait peu de raison de limiter la Loi à ceux qui font le travail ou qui fournissent les matériaux. L'un des avantages parfois avancés pour l'adoption des lois sur les privilèges de construction est que celles-ci encouragent la construction en facilitant l'accès au crédit à l'industrie de la construction. Si tel est le cas, c'est certainement une anomalie, car l'une des conséquences de la législation sur les privilèges de construction dont on est certain, c'est d'affaiblir la position du financier.

Qu'en est-il alors du lien de droit et de la garantie que les gens sont payés? Dans de nombreux cas, il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit au droit sur les liens contractuels. S'il y a suffisamment d'argent pour régler toutes les revendications, il importera peu que cela se fasse dans le cadre d'une action fondée sur les privilèges de construction ou par l'entremise d'une série d'actions selon les rangs des liens contractuels. Il est intéressant de noter que, dans presque la moitié des compte-rendus des cas jugés au Nouveau-Brunswick sous le régime de la Loi au cours des vingt-cinq dernières années, les parties étaient

contractuellement liées l'une à l'autre. N'importe quelle autre contribution que la Loi a pu faire dans ces cas, il ne s'agissait certainement pas de surmonter l'absence de liens contractuels. Fait encore plus surprenant, dans 25% des cas seulement, il y avait manifestement un obstacle financier à franchir par application de la Loi, de sorte que le demandeur puisse s'étendre au delà du défendeur insolvable pour intenter une action contre un défendeur qui pouvait le payer. Dans 50% des cas, il n'y avait pas de problème financier - les parties pertinentes étaient apparemment solvables et présentes. Dans un autre 25% des cas, aucune indication n'était donnée d'une façon ou d'une autre. On ne nie pas qu'il y ait des cas où la Loi établit une chaîne de responsabilités qui n'auraient pu être réunies au moyen d'une série de revendications contractuelles. Néanmoins, compte tenu de la jurisprudence publiée au cours des vingt-cinq dernières années, les situations dans lesquelles la Loi est nécessaire au succès du demandeur sont plus rares qu'on pourrait le penser.

La Loi peut-elle donc être présentée, ainsi qu'on le fait parfois, comme une loi favorisant les "petits gars" dans l'univers de la construction? Il se peut que cela soit possible en théorie, plus particulièrement à cause de la priorité spéciale que la Loi accorde aux privilèges garantissant le paiement de salaires. En pratique, cependant, nous doutons qu'on puisse démontrer qu'elle va vraiment dans ce sens.

À notre avis, les "petits gars" se présentent probablement sous deux formes : les employés, vulnérables au sort de leur employeur et sans aucun lien contractuel avec quelqu'un d'autre, et les petites entreprises pour lesquelles un contrat en particulier représente la principale source de revenu pour la période visée au contrat.

Il ne ressort pas de la documentation que nous avons examinée que la Loi soit d'un grand secours aux employés. Nous n'avons relevé, faut-il le répéter, qu'un seul cas dans la jurisprudence des vingt-cinq dernières années que nous avons examinée dans lequel le privilège revendiqué a été manifestement un privilège garantissant le paiement de salaires. Pour les deux années de dépôt aux bureaux de l'enregistrement des comtés de York, Sunbury et Queens, nous n'avons relevé aucun privilège garantissant le paiement de salaires. La seule revendication qui s'en rapproche est le privilège déposé par un syndicat dont les membres travaillaient à un projet de centre commercial, le privilège portant dans ce cas sur des sommes qui, d'après la convention collective, étaient directement payables au syndicat.

Les petites entreprises sont mieux représentées tant dans la jurisprudence qu'en ce qui concerne les privilèges déposés. Malgré cela, elles ne sont que des participants secondaires. Ce n'est pas toujours facile de déterminer d'après les noms figurant au registre des privilèges de

construction si une entreprise est "petite" ou non, mais la connaissance que nous avons des compagnies dans la région de Fredericton nous permet toutefois de dire d'un certain nombre d'entreprises qu'elles ne sont pas petites. Or, celles-ci ont déposé quelque deux-tiers des revendications, ce qui laisse donc, au maximum, le tiers aux petites entreprises. Manifestement, la petite entreprise n'est pas la principale utilisatrice de la Loi. Il est possible que la Loi ait un certain attrait comme mécanisme de recouvrement des créances (même si on ne peut jamais être sûr que les créances n'auraient pu être recouvrées aussi rapidement au moyen d'autres méthodes de recouvrement), mais selon la jurisprudence ou les privilèges déposés que nous avons examinés, rien n'indique que les "petits gars" de l'industrie de la construction -- employés ou petites entreprises -- seraient considérablement plus vulnérables au non-paiement si la Loi était abrogée.

Cela nous amène à nous demander d'une façon plus générale si la Loi réussit à assurer que ceux qui contribuent aux travaux de construction sont payés, qu'ils soient "petits" ou "gros". C'est à ce point que nos réserves sur les mérites de la Loi passent de la remise en question de ses principes de base à la remise en question de son efficacité. À cette étape-ci, nous présumons, pour les fins du débat, que la Loi représente une tentative justifiée d'accorder un traitement préférentiel à l'industrie de la construction. Mais alors, la

Loi réussit-elle effectivement à assurer la sécurité qu'elle vise manifestement à procurer?

La réponse doit être négative. Loin de nous l'idée de nier que la Loi accorde à certaines parties aux litiges des avantages qui, en son absence, auraient pu profiter à d'autres: il est clair qu'elle crée des gagnants. Cependant, elle crée aussi des perdants, et très souvent il est difficile de prévoir qui seront gagnants et qui seront perdants. Souvent, les actions fondées sur les privilèges de construction se résument en un combat entre différents créanciers constructeurs, le résultat étant de privilégier certains par rapport à d'autres, et il n'existe souvent aucun créancier concurrent non constructeur à écarter en vertu de la Loi. Ainsi, lorsque nous disons que la Loi n'assure pas la sécurité qu'on lui prête parfois, nous utilisons ce terme au sens de fiabilité ou de prévisibilité. En lisant la jurisprudence avec le bénéfice de la sagesse après coup, on peut facilement comprendre les processus qui permettent d'obtenir les résultats que produit la jurisprudence. Cependant, ces résultats sont souvent très difficiles à prévoir avant que le juge ne se prononce et échappent si bien au contrôle des personnes impliquées qu'il est difficile de voir comment on peut faire affaire en se fiant à la Loi pour accorder une protection si les choses tournaient mal.

La Loi prévoit quatre genres de sûreté dont peuvent bénéficier les personnes qui participent à la création d'une amélioration sur le bien-fonds du propriétaire: la fiducie relative aux fonds du projet selon l'article 3, le privilège selon l'article 4, la charge sur la retenue selon l'article 15, et le droit d'exiger une retenue supplémentaire selon l'article 16. En ce qui concerne les deux dernier genres de sûreté, la jurisprudence, qui en traite rarement, n'indique pas leur utilité. Quant à la retenue supplémentaire prévue à l'article 16, certains prétendent que les gens ont peur de l'utiliser, de crainte qu'elle ne fasse plus de mal que de bien si le projet de construction est financièrement précaire. Pour ce qui est de la charge sur la retenue, elle n'aurait probablement que peu de valeur pour deux raisons. D'abord, la Loi ne précise pas la somme qui doit être mise de côté en guise de retenue et, pour cette raison, la charge se confond souvent, en tant que garantie, au privilège et à la solvabilité du propriétaire. Ensuite, même lorsqu'une somme précise est disponible à titre de retenue, les sous-traitants n'y ont accès que dans la mesure où cet argent est imputable à leur contrat de sous-traitance. Ainsi, dans l'affaire R. A. Corbett & Co. Ltd v. Phillips (1973), 5 R.N.-B. (2e) 499, où un sous-traitant avait abandonné un projet à un moment où le propriétaire avait encore en main une retenue de plus de 47,000$, les créanciers du sous-traitant n'avaient accès qu'à une somme de 2,640$, en l'occurrence, la portion de la retenue imputable au contrat conclu entre l'entrepreneur et le sous-traitant.

La sûreté dont il est le plus question dans la jurisprudence pertinente est, naturellement, le privilège lui-même. Cependant, comme source importante de sûreté, le privilège présente de graves limites. Sa durée est limitée. Bien qu'il prenne naissance du fait de la loi lorsque le travail a été fait, il expire 60 jours après l'exécution substantielle, à moins qu'au cours de cette période, des mesures ne soient prises pour l'exercer. La nature temporaire du privilège explique probablement pourquoi il y a manifestement une proportion élevée de causes relatives au privilège de construction qui portent sur des questions procédurales. Si des actions peuvent être rejetées pour défaut de déposer un affidavit d'attestation par exemple ou d'enregistrer un certificat d'affaire en instance, le privilège disparaîtra parce que le délai de prescription d'action aura expiré. Les causes portant sur les aspects procéduraux de la Loi font rarement preuve d'un mécanisme légal assurant effectivement la protection des intérêts de ceux qu'elle est censée protéger.

Une autre conséquence de la Loi semble être de compliquer davantage les différends survenant à l'occasion d'un projet de construction. La plupart des causes relatives au privilège de construction, faut-il le répéter, sont, en fait, des conflits opposant des parties liées par des liens contractuels. Ils prennent place dans le contexte de la Loi du fait même de l'existence de celle-ci et parce que, du moins

superficiellement, celle-ci offre aux demandeurs un avantage qu'il serait imprudent de laisser passer. Dans certains cas, le litige aura lieu uniquement en raison de la Loi, peut-être parce qu'un entrepreneur ou un sous-traitant, ayant besoin de déposer le privilège dans les 60 jours de l'exécution substantielle, dépose la revendication de privilège, mettant par conséquent un terme à toutes les activités. L'affaire MacArthur's Paving and Construction Co. Ltd. c. New Era Enterprises Ltd. (1989), 102 R.N.-B. (2e) 412, semble relever de cette catégorie générale. Deux contrats de construction se chevauchaient au sujet d'un certain bien-fonds, et même si la retenue était apparemment suffisante pour régler toutes les réclamations, des privilèges ont été déposés et les deux revendiquants concurrents se sont trouvés impliqués dans une contestation compliquée sur leur priorité respective. Dans les causes comme Grannan Plumbing and Heating Ltd. v. Simpson Construction (1979), 24 R.N.-B. (2e) 238, la contribution principale de la Loi semble avoir été de compliquer démesurément un litige qui aurait dû être relativement simple. Dans l'essentiel, le problème semble avoir été un litige entre un entrepreneur et un sous-traitant en plomberie pour déterminer qui était responsable de l'exécution de certains travaux d'excavation. Pourtant, lorsque l'entrepreneur a retenu le coût des travaux d'excavation du plombier, le conflit s'est dégénéré en une action en revendication de privilège mettant en cause le propriétaire et la compagnie de cautionnement et tournait autour de la question de savoir si le

propriétaire pouvait bénéficier d'une clause de renonciation de privilège prévue dans le contrat entre le plombier et l'entrepreneur, mais non dans le contrat entre l'entrepreneur et le propriétaire. Il en résultait un litige compliqué et une complète déformation de ce qui était apparemment un désaccord bien simple.

Ce genre de complications découle de l'aspect administratif du système des privilèges de construction. D'autres proviennent d'une question de fond. Par exemple, l'idée de l'"exécution substantielle", caractéristique importante de la Loi, constitue aussi une source importante d'incertitudes d'ordre pratique. Les privilèges ne peuvent être déposés que dans les 60 jours de l'exécution substantielle, après quoi la retenue peut être répartie, mais à quel moment l'exécution devient-elle substantielle? Les constructeurs peuvent manifestement être surpris par le fait que le délai peut commencer à courir alors qu'il reste encore du travail à faire. (Voir Hub City Renovations Ltd. c. Budd (1988), 94 R.N.-B. (2e) 69.) Dans une affaire comme W. A. C. Excavators c. Food City Ltd (1986), 71 R.N.-B. (2e) 186, il s'est avéré que le propriétaire tout comme le constructeur s'étaient trompés quant au moment où les travaux avaient été substantiellement exécutés, le tribunal statuant que le moment était postérieur à celui auquel avait pensé le propriétaire, mais antérieur à celui auquel avait pensé le sous-traitant. Les deux parties courent donc un danger, dépendant du moment

où, par référence à une date à laquelle aucun d'eux ne croit le contrat "substantiellement exécuté", il arrive que le sous-traitant dépose la revendication de privilège. Dans W. A. C. Excavators, une autre question s'est posée: le sous-traitant avait-il déposé sa réclamation dans les 60 jours de l'expiration d'un délai de paiement? Compte tenu des relations contractuelles informelles dans le cadre desquelles le sous-traitant travaillait, le tribunal n'était pas convaincu qu'une période de paiement avait été convenue. Le privilège a par conséquent disparu et le demandeur est demeuré impayé.

Les droits prévus par la Loi en viennent également à dépendre parfois des analyses artificielles et minutieuses de transactions contractuelles. Il s'agira, par exemple, de déterminer, dans le cadre d'un projet de construction, si un entrepreneur en électricité exécute plusieurs travaux séparés ou s'il exécute un seul travail en étapes. (Voir Eddy Hardware (1977) Ltd. v. Keystone Development Co. Ltd. (1975), 13 R.N.-B. (2e) 451). La décision sur cette question déterminera si les parties ont affaire à un seul privilège, correspondant à une somme unique avec une seule date d'exécution substantielle, ou si elles ont affaire à plusieurs privilèges, correspondant à des sommes différentes avec différentes dates d'exécution substantielle. Étant donné la nécessité de déposer la revendication dans les 60 jours, les diverses analyses produisent des résultats complètement différents. Elles ne présentent certainement pas une image favorable du cadre

juridique censément conçu pour assurer que les entrepreneurs et les sous-traitants sont payés. Parfois ils le seront, parfois ils ne le seront pas, mais il est certes difficile de voir comment la Loi puisse leur donner cette tranquilité d'esprit de se sentir en sécurité.

Un autre aspect de la Loi qui devrait nous forcer à nous demander dans quelle mesure les gens peuvent se fier judicieusement à la Loi est que ce sont souvent des événements au delà du contrôle d'une personne qui détermineront si elle est légalement protégée ou non. Par exemple, pour le fournisseur qui procure des matériaux à un sous-traitant, la question de savoir s'il a un privilège ou non dépend du fait si les matériaux ont été fournis dans le cadre d'un projet visant un propriétaire en particulier. Ainsi, les arrangements pris entre le sous-traitant et le fournisseur, et dont le propriétaire peut ne pas être au courant, détermineront si le bien du propriétaire sera grevé. Pareillement, le fournisseur peut ne pas savoir s'il a un privilège. Les matériaux fournis peuvent fort bien être destinés à un projet donné, mais dans certains cas, il sera nécessaire de prouver qu'ils ont, en fait, été utilisés dans ce projet, une éventualité sur laquelle le fournisseur n'a aucun contrôle une fois qu'il a livré les matériaux. Une affaire comme Brunswick Construction Ltée v. Michaud (1979), 26 R.N.-B. (2e) 55, montre qu'un fournisseur peut fournir des matériaux à un sous-traitant dans l'intention précise qu'ils soient utilisés dans le cadre d'un projet donné,

mais que sa revendication éventuelle en privilège disparaîtrait si le sous-traitant mêle ces matériaux avec d'autres. Même le fait de livrer directement des matériaux sur un chantier ne garantira pas au fournisseur la protection du privilège. Cela peut s'expliquer par le fait que l'entrepreneur utilise ces matériaux pour construire du matériel plutôt qu'un bâtiment (p. ex. Dobbelstyn Electric Ltd v. Whittaker Textiles (Marysville) Ltd (1976), 14 R.N.-B. (2e) 584) ou parce que les matériaux, bien qu'ils soient utilisés au cours de la construction et deviennent inutiles par la suite, ne finissent pas par être incorporés dans le bâtiment achevé (p. ex. le bois utilisé dans la construction de coffrages à béton pour un sous-sol, puis enlevé du chantier: R. A. Corbett & Co. Ltd v. Phillips (1972), R.N.-B. (2e) 499). Souvent, cependant, cela peut être une question de pure chance que des matériaux donnés provenant d'un fournisseur en particulier finissent par être incorporés dans un bâtiment.

Il semble également peu vraisemblable que les fournisseurs, les sous-traitants, et autres, disposeraient de renseignements détaillés sur l'état de financement d'un projet par hypothèque. Cette question est importante parce que, aux termes du paragraphe 9(2), une hypothèque antérieure a priorité sur les privilèges, "mais seulement dans la mesure où le montant total des versements ou des avances faits ... ne dépasse pas la valeur du bien-fonds au moment où cette avance ou ce versement est fait". Cette disposition s'est appliquée

aux titulaires de privilège dans une affaire comme Dobbelstyn Electric Ltd v. Whittaker Textiles (Marysville) Ltd (1976), 14 R.N.-B. (2e) 584. Il s'agissait de rénovations d'une usine qui ont rencontré des difficultés financières. Les rénovations avaient été financées par la Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick, qui avait promis une somme de 1 500 000$ moyennant une débenture qui accordait, entre autres, une hypothèque et une charge fixes et spécifiques. Il fallait d'abord décider si cette débenture était "un transfert, une hypothèque ou autre charge", car sinon, elle ne bénéficierait pas de la priorité. Le tribunal a statué par l'affirmative. Ainsi, la Commission prenait rang avant les titulaires de privilège jusqu'à concurrence de la valeur du bien-fonds lorsque ses avances avaient été faites, laquelle s'était élevée à une somme d'environ 987 000$. Il est difficile d'imaginer que les titulaires de privilège aient eu la moindre idée, à quelque moment que ce soit, de l'état de l'hypothèque ou de la valeur du bien-fonds, bien que ces éléments fussent essentiels à leur sûreté.

Pour compliquer encore davantage les choses dans l'affaire Dobbelstyn, la position de la Commission des accidents du travail posait aussi un problème. Elle était créancière judiciaire de la défenderesse à l'égard du solde impayé des cotisations de cette dernière. Le juge Stevenson a décidé ce qui suit à propos de la position de la Commission des accidents du travail:

> L'effet combiné de l'article 72 de la Loi sur les accidents du travail et de l'article 51 de la Loi sur les biens est de conférer à la Commission des accidents du travail un privilège grevant les biens de la défenderesse et prenant rang après la garantie détenue par la Commission des finances industrielles, mais avant les revendiquants de privilège qui ont eu gain de cause.

La Commission des finances industrielles prenant rang en partie avant et en partie après les titulaires de privilège, la position de la Commission des accidents du travail était incertaine. Le juge Stevenson a statué ainsi: si la Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick avait avancé une somme maximale de 987 000$, la Commission des accidents du travail prendrait rang avant les titulaires de privilège, mais si la Commission des finances industrielles du Nouveau-Brunswick avait avancé une somme supérieure à 987 000$, la Commission des accidents du travail prendrait totalement rang après les titulaires de privilège. Ici encore, on se rend compte que la protection qu'offre la Loi aux titulaires de privilège dépend des faits qu'ils ne peuvent connaître et qui échappent à leur contrôle. Certes, on peut voir les conséquences de la Loi après coup, en rétablissant l'ordre des priorités et déterminant quels créanciers seront payés. Il est difficile de croire, cependant, que le résultat est suffisamment prévisible pour que l'une ou l'autre des parties puisse vraiment faire quoi que ce soit lorsqu'elle se fie effectivement à la prétendue sûreté de la Loi.

Le dernier des principaux éléments de protection qu'offre la Loi est la fiducie prévue à l'article 3. L'analyse de la fiducie est semblable à bien des égards à l'analyse du privilège lui-même. En termes abstraits, et en supposant que la protection spéciale pour les contrats de construction soit souhaitable, la fiducie, pourrait-on faire valoir, possède certains avantages. L'idée que des fonds destinés à un projet puissent être retenus et utilisés pour payer les participants au projet va bien avec le concept de "pyramide" qui sert souvent à expliquer la Loi. Les difficultés, cependant, proviennent de la pratique. Ici encore, tout comme pour le privilège, on peut à juste titre mettre en doute tant la protection qu'accorde la fiducie que la question de savoir si elle le fait avec suffisamment de prévisibilité pour réconforter quiconque. Les dispositions relatives à la fiducie n'ont pas donné lieu à de nombreux litiges au Nouveau-Brunswick, ainsi l'examen sera bref.

Pour ce qui est du degré de protection qu'accorde la fiducie, un facteur important est que le détenteur des fonds a toute latitude pour décider de leur affectation parmi les divers destinataires légitimes. Par conséquent, les bénéficiaires de la fiducie ne jouissent pas d'une protection égale puisque le détenteur des fonds peut décider lesquels parmi eux auront l'argent, et il pourra même décider de payer ses propres dépenses d'abord (Fundy Ventilation Ltd. c. Brunswick Construction Ltd. (1982), 40 R.N.-B. (2e) 484).

Quant à l'imprévisibilité de la fiducie, nombre de ses caractéristiques sont comparables à celles du privilège. Par exemple, le fournisseur de matériaux n'est un bénéficiaire de la fiducie que si la fourniture est destinée expressément à un contrat en particulier de manière à faire naître le privilège: Re Johnson Construction (1983), 52 R.N.-B. (2e) 219. Les fournisseurs peuvent donc ne pas savoir s'ils sont protégés. Tout comme dans le cas du privilège, ils peuvent perdre leur protection en raison d'événements au delà de leur contrôle.

Les détenteurs de fonds en fiducie sont, semble-t-il, dans une position particulièrement difficile. Ils peuvent ne pas savoir qui sont les bénéficiaires éventuels et courent le risque d'utiliser les fonds de la fiducie à d'autres fins alors qu'ils peuvent ignorer si des obligations fiduciaires existent encore. Une autre source de responsabilité découle du fait que la fiducie demeure même après l'expiration du délai de dépôt des revendications. Sur ce point particulier, voir Harding Carpets Ltd. c. Saint John Tile & Terrazzo Co. Ltd. (1988), 87 R.N.-B. (2e) 427. Dans cette affaire, la demanderesse, bien longtemps après avoir livré des tapis au chantier de construction de l'hôtel Hilton à Saint-Jean (notez le lien ténu entre la fourniture des tapis et le principe de "part venant de la sueur" du droit des privilèges de construction) a déposé une réclamation en fiducie contre la partie qui la précédait de trois rangs dans la chaine des contrats et qui suivait de deux rangs le propriétaire. La demanderesse avait déjà obtenu

jugement contre la partie avec laquelle elle entretenait des relations contractuelles directes, mais n'avait pu recouvrer le montant du jugement. Elle n'avait pas enregistré une revendication de privilège. La défenderesse n'avait plus les fonds de la fiducie, mais a quand même été reconnue responsable d'avoir affecté les fonds à un usage non autorisé à un moment où Harding Carpets n'avait pas encore été payée. Dans les circonstances de l'espèce, on pourrait penser que le préjudice causé à la défenderesse n'était pas si grand. Elle avait utilisé les fonds en compensation d'une autre créance entre la défenderesse sous-traitante et l'entrepreneuse, qui étaient des compagnies connexes. Des variations mineures des faits auraient pu cependant produire des résultats très différents, le sous-traitant étant reconnu responsable de payer à une tierce partie des fonds qu'il croyait être le profit réalisé sur le contrat, ignorant peut-être même l'existence d'un fournisseur, encore moins que le fournisseur n'eût pas été payé. Dans une situation comme celle qui s'est présentée dans l'affaire Fundy Ventilation Ltd. c. Brunswick Construction Ltd. (1982), 40 R.N.-B. (2e) 484, il est difficile de ne pas ressentir de la sympathie pour Brunswick Construction Ltd., la fiduciaire par opération de la loi et la perdante dans l'affaire. Dans cette affaire, la propriétaire, Fraser Companies Ltd., avait convenu avec Brunswick Construction Ltd., l'entrepreneuse, dans le cadre d'un contrat de 91$ millions de dollars concernant une usine de sulfure à Edmundston que l'exécution substantielle avait eu lieu à une date antérieure à

celle fixée plus tard par le tribunal. La propriétaire a payé l'entrepreneuse, laquelle, à partir des fonds qu'elle devait à la sous-traitante, a réglé une revendication d'impôt sur le revenu d'après un avis d'une tierce partie relativement à l'impôt que devait la sous-traitante. Le solde de la facture de la sous-traitante a été payé conjointement à la sous-traitante et à la demanderesse, cette dernière ayant été retenue par la sous-traitante pour fournir le système de ventilation. La demanderesse ayant revendiqué un privilège, la propriétaire a prétendu que Brunswick était responsable à son endroit au titre de la fiducie. La demanderesse a aussi introduit une réclamation directement contre Brunswick au titre de la fiducie. Elles ont eu gain de cause dans les deux réclamations. Dans un cas semblable, on voit certainement la redistribution de la perte aux termes de la disposition fiduciaire. Ce que l'on ne voit pas, cependant, est une raison convaincante justifiant la redistribution de la perte de cette manière.

Ce qui précède ne se veut pas une critique globale de la Loi -- loin de là. Il s'agit plutôt d'une brève description de la raison pour laquelle nous ne sommes pas convaincus de la valeur de la Loi. Nos réserves portent sur deux points: d'abord, nous ne voyons aucun argument convaincant justifiant l'existence d'un tel régime juridique, limité à l'industrie de la construction; ensuite, même si nous étions persuadés quant au premier point, nous voyons difficilement l'efficacité de la

Loi dans la réalisation de ce qui constitue son objet. Nos réserves sur ces deux points s'imposent maintenant par les préoccupations qui nous ont été adressées concernant la position du propriétaire domiciliaire non informé. Dans les pages qui suivent, nous examinerons les différents moyens de faire face à ce problème, mais chacun d'eux semble devoir nécessiter des modifications qui auraient des répercussions importantes sur la portée et l'application de la Loi. Par conséquent, si la Loi a quelque valeur véritable, nous considérons comme problématique la protection des consommateurs. Si, par contre, la Loi ne sert vraiment à rien ou, tout compte fait, fait plus de mal que de bien, le mieux serait de l'abroger. Nous aimerions savoir ce que vous en pensez.

Option 2: Meilleure observation de la Loi

Il convient de le répéter, l'abrogation de la Loi n'est pas nécessaire si tout ce qu'on cherche à faire est de répondre à la question de la protection des consommateurs qui nous a été soumise. Si, contrairement à ce que nous sommes enclins à croire actuellement, la Loi doit être maintenue, comment peut-on alors répondre au problème du consommateur dans le contexte de la Loi?

On pourrait, entre autres possibilités, assurer une plus grande observation de la Loi: modifier le comportement de sorte qu'il se conforme à la Loi plutôt que de modifier la Loi

pour qu'elle se conforme au comportement. En partie, cela voudrait dire améliorer la connaissance qu'ont les gens de la Loi. Dans la mesure où la source du problème décrit ci-dessus consiste en l'ignorance des exigences de la Loi de la part des propriétaires domiciliaires, la réponse évidente serait de mettre fin à cette ignorance. Les méthodes pourraient comprendre une campagne générale d'information publique ou certaine forme d'obligation imposée à quelqu'un (fort probablement au constructeur) d'aviser le propriétaire domiciliaire des effets de la Loi.

Le talon d'Achille de cette solution est que l'expérience semble indiquer que la Loi n'est pas suivie, même lorsque les gens sont conscients de ses exigences. Il semble qu'on n'a rien à gagner à s'efforcer d'informer les gens sur le contenu de la Loi s'ils continuent à y passer outre. Si, comme nous sommes portés à le croire, la source du problème est que les exigences de la Loi ne tiennent tout simplement pas compte des détails pratiques de la vaste majorité des situations auxquelles elle s'applique, il est peu vraisemblable que des informations additionnelles aient quelque effet.

La solution consiste-t-elle donc à trouver un meilleur moyen d'obliger les gens à se comporter comme la Loi le voudrait? Ici encore, la réponse dépend en partie du caractère pratique de la Loi. Si elle ne l'est pas, il est inutile de consacrer temps et efforts à tenter d'amener les gens à s'y

conformer: les efforts seront vains. De plus, si on doute que la Loi soit souhaitable en principe, pourquoi voudrait-on obliger les gens à s'y conformer? À moins d'être convaincu que la Loi prévoit pour son domaine d'application un meilleur cadre juridique que celui qui existerait sans elle, il nous est difficile d'accepter l'idée qu'améliorer le respect de la Loi devrait constituer l'objectif de la réforme législative.

Option 3: Créer des exceptions

D'autres possibilités concernent de façon générale la création d'exceptions à la Loi. Ces exceptions protégeraient ceux qui sont actuellement le plus exposés par la Loi. Étant donné que la préoccupation pratique exprimée vise les propriétaires domiciliaires ordinaires, l'exception qui vient tout de suite à l'esprit serait une "exception relative au propriétaire domiciliaire". On pourrait également établir une "exception financière", aux termes de laquelle la Loi ne s'appliquerait qu'aux contrats d'un certain montant minimal.

A. "Exception relative au propriétaire domiciliaire"

L'idée générale de l'exception relative au propriétaire domiciliaire serait de protéger les consommateurs ordinaires qui font faire simplement des travaux à leur résidence. La nature exacte de cette exception devrait naturellement être définie avec soin. Une décision importante à prendre serait de

déterminer si l'exception devrait se limiter aux améliorations apportées aux habitations existantes ou couvrir également les nouvelles constructions pour les propriétaires résidents éventuels. On pourrait soutenir que ceux qui se font construire une nouvelle maison se préoccuperaient encore plus du contexte juridique pertinent.

Le premier problème que pose cette solution est que, quelle que soit la formulation des définitions, l'applicabilité de la Loi dans certains cas soulèvera des doutes. Cette situation ne serait pas souhaitable, mais elle constitue le prix inévitable à payer lorsqu'on crée des exceptions. Une objection plus fondamentale encore est que, compte tenu des principes de la Loi, il importe peu que le projet en question soit une résidence ou quelque chose d'autre. La construction est la construction, et même une petite pyramide de contrats est toujours une pyramide de contrats. De plus, en pratique, le fait d'adopter une "exception relative au propriétaire domiciliaire" soulèverait la question de savoir si la Loi continuerait à produire des résultats significatifs une fois l'exception éliminée. Étant donné les limites actuelles de la Loi par rapport à la construction de routes et aux projets de la Couronne, si l'exception relative au propriétaire domiciliaire était elle aussi adoptée, ce qui resterait de la Loi mériterait-il d'être conservé?

B. "Exception financière"

L'exception financière aurait pour objet de soustraire les petits projets du champ d'application de la Loi. Par analogie, la règle actuelle prescrit qu'aucun privilège ne peut être déposé si le montant global en cause est inférieur à 100$ (paragraphe 4(4)).

Évidemment, l'effet d'une exception pour les projets qui étaient "petits" en termes financiers dépendra de la définition qu'on donne au mot "petit". Étant donné que l'objet de la modification serait de protéger le consommateur/propriétaire domiciliaire, le caractère "petit" d'un projet pourrait être défini par rapport à la valeur en dollars des contrats ordinaires de construction domiciliaire. Ici encore, le chiffre serait différent selon qu'il serait évalué en fonction de rénovations ou en fonction d'une nouvelle construction.

Un avantage que présente l'exception financière est qu'elle reconnaît que l'envergure d'un projet de construction, et par conséquent la complexité des rapports contractuels qu'il pourrait entraîner, ne dépendent pas du caractère résidentiel ou commercial d'un projet. Ainsi, si la complexité des contrats de construction justifie la Loi, un critère financier pourrait fournir une meilleure clé pour résoudre ce problème. Par contre, comme moyen de protéger les consommateurs, l'"exception financière" souffre le désavantage d'accomplir

indirectement ce que l'"exception relative au propriétaire domiciliaire" accomplit directement. Elle risque donc de ne pas protéger certaines personnes qu'elle serait destinée à protéger (les propriétaires domiciliaires ne seraient pas protégés si leurs travaux résidentiels étaient coûteux), mais d'en protéger d'autres qu'elle ne serait pas censée protéger (les propriétaires non résidentiels seraient protégés si leurs projets de construction s'avéraient peu coûteux). Elle comporte une autre difficulté, particulièrement du point de vue du titulaire de privilège: la même valeur en dollars peut revêtir une importance différente pour différentes personnes. Ainsi, dépendant de la personne qui les reçoit, 5,000$ peuvent être rien pour certains, et tout pour d'autres. Si donc, on accepte, à titre d'exemple, que la Loi protège véritablement ceux dans l'industrie de la construction qui ont besoin de protection, le danger d'établir une exception financière signifierait qu'elle cesse de protéger ceux qui en ont le plus besoin. Plus élevée sera la limite, plus la Loi deviendra un moyen de n'accorder un avantage juridique qu'aux gros entrepreneurs. Il est difficile de considérer cela comme un objectif souhaitable, particulièrement parce que l'avantage juridique continu des gros entrepreneurs serait au détriment des entrepreneurs plus petits. Ceux-ci, en travaillant dans le cadre des "petits" contrats, feraient partie des créanciers généraux par rapport auxquels les revendiquants de privilège auraient préséance.

En outre, évidemment, la question se pose encore de savoir si la Loi mériterait d'être préservée face à une telle exception. Si une exception financière est établie, la valeur en dollars étant fixée à un montant qui traduirait l'idée que, jusqu'à concurrence d'un montant raisonnable, les gens devraient pouvoir faire faire des travaux sans être touchés par la Loi, est-ce que nous n'éliminons pas par là une grande partie des contrats auxquels la Loi s'applique actuellement? Et si tel est le cas, la Loi mérite-t-elle d'être préservée uniquement pour régir ce qui reste?

Option 4 : Restructurer le tandem privilège et retenue

Le problème que nous avons souligné au départ a été qualifié de double péril: le propriétaire domiciliaire, ayant déjà payé le prix contractuel au constructeur, pourrait être obligé de payer encore le titulaire de privilège, et perdre le bien-fonds s'il se trouvait dans l'impossibilité de payer. Une façon d'éviter cette situation serait de modifier les conséquences juridiques actuelles du privilège et de la retenue.

A. Libération du privilège par paiement intégral. On pourrait dire que le paiement intégral versé conformément au contrat par le propriétaire au constructeur opère mainlevée du privilège. Toutefois, cette solution porte atteinte à un principe important de la Loi, selon lequel la sûreté de ceux qui travaillent d'après un contrat de construction grève le

bien-fonds du propriétaire. Si le paiement intégral du prix devait opérer mainlevée du privilège, cette sûreté serait perdue. Admettons que le privilège ne constitue pas leur seule sûreté. L'article 3 exige aussi que l'argent du contrat soit gardé en fiducie, et l'autorisation de la mainlevée du privilège par paiement intégral ne modifierait pas les obligations fiduciaires de l'entrepreneur et des sous-traitants. Néanmoins, leur protection serait perdue dans la mesure où le privilège et la retenue accordent une protection contre le sort réservé à l'argent de la fiducie une fois qu'il est entre les mains de ceux à qui il est versé.

Le fait de permettre que le paiement intégral opère mainlevée du privilège aurait aussi sans doute pour effet, même pendant la période de retenue, de modifier de façon importante les pratiques auxquelles la Loi a donné lieu. La généralisation de ce principe équivaudrait à abroger la disposition relative à la retenue: le paiement opérant mainlevée du privilège, la menace contre laquelle la retenue assure une protection serait éliminée. On s'attendrait que cela touche les aspects des contrats de construction qui, actuellement, tournent autour des montants et des périodes de retenue que prévoit la Loi. De fait, permettre que le paiement intégral opère mainlevée du privilège, quelle que soit la rapidité avec laquelle ce paiement a été fait, pourrait même encourager le débiteur à payer tôt en vertu du contrat, puisque ce paiement permettrait d'éliminer le plus tôt possible le danger d'être l'objet d'un privilège.

Il existe sans doute des moyens d'accorder un certain degré de protection pour les paiements rapides sans détruire complètement le système de retenue. Un exemple évident serait de dire que seuls les paiements faits dans l'ignorance de la loi opéreraient mainlevée du privilège. On peut soutenir que dans l'intérêt de la protection du consommateur, il faudrait aller plus loin, puisque ce n'est pas toujours l'ignorance de la loi qui est la cause du danger. Toutefois, toute mesure qui pourrait être élaborée dans ce contexte se bute à un obstacle familier. Cela ferait en sorte que la protection des fournisseurs, des employés et autres, dépende de choses qu'il leur serait difficile de connaître et impossible de contrôler. Ainsi, cela ajouterait un autre élément aux aspects imprévisibles de la Loi qui, faut-il le répéter, nous semble déjà être défectueuse en raison de son imprévisibilité.

B. Loi simplifiée. Si on poursuit le raisonnement développé aux alinéas précédents, on peut se demander aussi s'il y aurait intérêt à reformuler la Loi, ne conservant que ses principes de base et la débarrassant de détails encombrants. Si on créait simplement dans la Loi un privilège légal, qui n'était pas limité dans le temps, mais qui pourrait être protégé à tout moment par l'enregistrement, ou dont mainlevée pourrait être obtenue par le versement du prix intégral à l'entrepreneur, ainsi qu'une fiducie par opération de la loi telle celle qui existe actuellement, on pourrait peut-être produire une loi

qui, étant beaucoup plus simple que la Loi actuelle, serait peut-être aussi efficace dans la réalisation de ses objectifs juridiques.

Nous faisons toutefois cette affirmation tout en étant conscients des conséquences pratiques considérables qui découleraient d'une tentative de reformuler la Loi sous cette forme plus simple. Certaines ont été mentionnées sous la rubrique précédente, et pourraient produire, sur le plan pratique, des modifications importantes dans les secteurs de l'industrie de la construction où la Loi est maintenant prise au sérieux. Nous faisons également de graves réserves sur la possibilité d'atteindre réellement ce résultat "plus simple". L'expérience nous apprend qu'il est bien facile de formuler les grands principes généraux d'une réforme législative, mais que, lorsqu'on vient à formuler les détails de la Loi, la simplicité peut nous échapper. La disposition actuelle de la Loi néo-brunswickoise qui traite de la fiducie en est un exemple. En un sens, elle est simple. Elle est certainement courte, et elle exprime son idée de base en termes directs. Toutefois, quand on en vient à l'application, elle est loin d'être simple, et peut même constituer, comme on l'a vu, une source d'incertitudes et de risques considérables pour quiconque vient à se trouver en possession des fonds en fiducie. L'Ontario a abandonné une telle disposition générale en faveur d'une disposition beaucoup plus limitée. La Commission de réforme du

droit de Terre-Neuve s'est prononcée en faveur de la disposition plus limitée. Les choses ne sont pas toujours aussi "simples" qu'elles le paraissent.

C. Subordonner le tandem privilège et retenue à un avis. Actuellement, le privilège prend naissance en droit à compter de la date de commencement des travaux, et l'obligation de retenir s'applique chaque fois qu'un paiement est fait en vertu du contrat. C'est ce qui fait de l'ignorance de la Loi ou de son inobservation un tel problème. Les problèmes seraient éliminés si le privilège ne prenait pas naissance avant la notification au propriétaire, et s'il s'appliquerait seulement aux travaux ou matériaux fournis et aux paiements versés après cette notification. Le fait de donner un avis servirait à informer le propriétaire des exigences de la Loi, et le propriétaire s'y conformerait, on le présume, puisqu'il n'a rien à perdre en le faisant.

Cette solution soulève deux difficultés majeures. D'abord, si la Loi accorde une protection valable, exiger un avis détruirait cette protection. Si celle-ci est nécessaire, on présume qu'elle est nécessaire à compter du premier jour. Avec la modification étudiée ici, la protection ne commencerait probablement à produire effet que lorsqu'il serait déjà trop tard. Même si l'avis pouvait être donné avant le début des travaux, on soupçonne qu'en pratique, il serait le plus souvent donné uniquement après que les choses ont commencé à mal tourner.

Le deuxième inconvénient de cette solution apparaît lorsqu'on se demande qui, parmi les diverses parties susceptibles de participer à un projet de construction, serait habilité à signifier les avis. Les modifications de ce genre pourraient prévoir que seul l'entrepreneur principal peut signifier l'avis au propriétaire ou que tout participant au projet pourrait le faire. Dans le premier cas, cela accorderait à l'entrepreneur principal un droit de veto sur l'applicabilité de la Loi, et on ne pourrait pas compter sur ce dernier pour agir dans l'intérêt de tous ceux que la Loi vise à protéger. Dans le second cas, cela permettrait à chaque participant d'imposer sa retenue à tous les autres, qu'ils le veuillent ou non. On le voit, chaque solution comporte ses problèmes.

Une troisième possibilité serait de limiter de quelque façon l'avis de sorte qu'il ne vise que l'intérêt spécifique de la partie qui le donne. Mais essentiellement, c'est ce que fait déjà l'article 16. Si on décidait de suivre un tel cours, cela nous dirigerait vers l'abrogation de la disposition de retenue automatique à l'article 15, dont les conséquences ont été examinées plus tôt. Nous remarquons également que l'article 16 ne semble pas être particulièrement utile pour le moment et qu'il est difficile de voir comment une disposition s'inspirant de l'article 16 peut être rédigée de manière à ne pas avoir au moins quelque effet sur les autres participants au contrat. Cela s'explique par le fait que le respect de l'avis

devrait entraîner des déductions sur les paiements qui auraient été autrement faits à l'entrepreneur principal, et par son intermédiaire, aux autres participants. Ici encore, la partie qui signifie l'avis imposerait, dans une certaine mesure, un nouveau régime juridique aux autres parties au projet, perturbant le déroulement normal du projet.

Option 5: Transformer la Loi en un mécanisme de participation sélective

Actuellement, il est possible d'exclure l'application de la Loi, mais uniquement dans la mesure où elle le permet. Si la Loi adoptait un mécanisme de participation sélective, elle ne s'appliquerait que si les parties en conviendraient expressément. Cela réglerait non seulement le problème du consommateur non informé, mais également celui de l'entrepreneur récalcitrant. Le propriétaire qui a choisi de participer saurait probablement ce à quoi il s'engage, et l'entrepreneur qui a choisi de participer serait probablement disposé à se conformer à sa Loi.

Si on considère les points de vue du propriétaire et de l'entrepreneur, un système de participation sélective comporte certains attraits. Les parties seraient alors libres de se soumettre au régime prévu par la Loi ou non, à leur choix. Leur décision dépendrait probablement de la question de savoir

si, à leur avis, les dispositions de la Loi régissent de façon satisfaisante les rapports entre les divers participants à un projet de construction.

Toutefois, le mécanisme de participation sélective pose un problème lorsqu'on considère la position des participants autres que le propriétaire et l'entrepreneur principal, surtout celle des employés ou des personnes qui ne se joignent au projet qu'aux étapes ultérieures. Les solutions de rechange ici sont semblables à celles examinées plus tôt concernant l'avis. Ou bien l'autre participant n'a aucun mot à dire sur la question de savoir si la Loi s'applique, ou bien il a le droit d'imposer la Loi aux autres, ou bien on devrait trouver une solution intermédiaire permettant en quelque sorte l'application partielle de la Loi. Dans le cas de la première solution, les gens sont à la merci du propriétaire et de l'entrepreneur, dont on ne peut nécessairement s'attendre à ce qu'ils agissent dans un intérêt autre que le leur. Dans le cas de la deuxième solution, le propriétaire et l'entrepreneur, et peut-être les autres aussi, sont à la merci de tous ceux qui viennent à penser que la Loi devrait s'imposer à eux tous. Dans le troisième cas, les perspectives laissent supposer une situation juridique extrêmement compliquée.

Parmi ces différentes solutions, la première semble être la plus pratique: l'entrepreneur principal déterminerait si la Loi s'applique. Pour ce qui est de l'effet sur les personnes

étrangères au contrat, on pourrait soutenir qu'elles ne devraient pas se joindre au projet ou avoir affaire avec l'entrepreneur si elles ne faisaient pas confiance aux modalités du projet. Si le mécontentement concernant l'inapplicabilité de la Loi était suffisamment répandu, cela influencerait probablement les entrepreneurs principaux et les amèneraient à choisir de participer au régime dans tous les cas. Transformer la Loi en un régime de participation sélective exposerait par conséquent le cadre spécial des rapports juridiques imposés par la Loi il y a cent ans au critère de la réalité d'aujourd'hui. Cela donnerait, en fait, à ceux qui sont actuellement couverts par la Loi, la possibilité de choisir si elle devrait être maintenue. S'ils choisissent régulièrement de participer au régime, ou de ne prendre part qu'à des projets qu'elle régit, la Loi demeurerait une réalité vivante. Dans le cas contraire, elle deviendrait pratiquement lettre morte, et pourrait être abrogée en temps opportun.

## Conclusion

Actuellement, il n'est pas clair si la Loi devrait continuer à faire partie des lois de la province. Cette question demeurant ouverte, il est également difficile de voir comment aborder le problème de la protection du consommateur que nous a soumis l'Ombudsman. Quant à la Loi elle-même, nous avons plusieurs réserves puisque, compte tenu des matériaux à

notre disposition, nous doutons que la Loi accomplisse suffisamment de choses qui méritent d'être accomplies. Nous espérons que d'autres nous feront profiter de leur expérience à cet égard. Par rapport au problème du consommateur, que nous avons souligné dès le début, nous avons le sentiment que les solutions diverses que nous avons examinées pourraient soit rendre pire une mauvaise Loi, soit restreindre tellement son champ d'application qu'elle devrait tout aussi bien être abrogée.

Pour le moment, nous penchons pour l'abrogation de la Loi. Subsidiairement, si cela paraît à l'heure actuelle une démarche trop extrême, nous suggérons de transformer la Loi en un régime de participation sélective, ce qui l'exposera au critère de la réalité des années 90. L'expérience de l'application du régime de participation sélective pourrait être étudiée après quelque temps pour déterminer si l'abrogation ou quelque autre forme de modification était justifiée. Nous ne sommes pas enclins, pour le moment, à recommander une révision et une reformulation de la Loi. Nous doutons qu'il en résulte une loi qui fonctionnerait mieux que la Loi existante. Quoi qu'il en soit, nous estimons qu'avant d'envisager une telle solution, il incombe à ceux qui désirent conserver la Loi, s'il y en a, de justifier leur position. Si, contrairement à ce que nous croyons en ce moment, la Loi accorde un avantage important à des groupes précis, comment alors justifier la conservation de cet avantage?